

# REVISTA JURÍDICA DA FA7

*FA7LAWREVIEW*

**Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito  
do Centro Universitário 7 de Setembro**

ISSN 1809-5836 (Impresso)

ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

Fortaleza	v. XVII	n. 2	maio/ago.	2020	185 p.
-----------	---------	------	-----------	------	--------

Catálogo na Fonte: Jacquelline Campelo Jucá CRB 3/677

Revista Jurídica da FA7: periódico científico do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro / UNI7 — v.17, n.2 (maio/ago. 2020) — Fortaleza: UNI7, 2020 [on line]

Publicação anual impressa 2004 a 2014

Publicação semestral on line a partir de 2015 disponível no portal de periódicos da UNI7 em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/>

ISSN 1809-5836 (impresso)

ISSN 2447-9055 (eletrônico)

1. Periódico científico — Centro Universitário 7 de Setembro — UNI7. 2. Programa de Pós-Graduação em Direito. 3. Direito Privado. 4. Artigos Jurídicos. I. Centro Universitário 7 de Setembro — UNI7.

CDD 340.05

Pede-se permuta / We ask for exchange / On demande l'échange / Se pide permuta

## **Revista Jurídica da FA7 / FA7 Law Review**

### **Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro**

[periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/](http://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/) | [revistajuridica@uni7.edu.br](mailto:revistajuridica@uni7.edu.br)

ISSN 1809-5836 (Impresso)

ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

#### **Editora-Chefe**

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Germana Parente Neiva Belchior  
UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

#### **Editor-Adjunto**

Prof. Dr. Álisson José Maia Melo  
UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

#### **Conselho Editorial**

Prof. Dr. Antonio Fernández de Buján  
Universidade Autônoma de Madri, Espanha

Prof. Dr. Carlos Eduardo Peralta Montero  
Universidade da Costa Rica, Faculdade de Direito, Costa Rica

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Eliane Moreira  
UFPA, Faculdade de Direito, Belém, PA, Brasil

Prof. Dr. Giovanni Luchetti  
Universidade de Bolonha, Departamento de Ciência Jurídica, Itália

Prof. Dr. Ignácio Maria Poveda Velasco  
USP, Departamento de Direito Civil, São Paulo, SP, Brasil

Prof. Dr. João Luís Nogueira Matias  
UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Prof. Dr. José Isaac Pilati  
UFSC, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, SC, Brasil

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Larissa Maria de Moraes Leal  
UFPE, Programa de Pós-Graduação em Direito, Recife, PE, Brasil

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Laura Souza Lima e Brito  
UNIBH, Curso de Graduação em Direito, Belo Horizonte, MG, Brasil

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Liziane Paixão Silva Oliveira  
UniCEUB, Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, Brasil

Prof. Dr. Luís Rodrigues Ennes  
Universidade de Vigo, Espanha

Prof. Dr. Marcos Wachowicz  
UFPR, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, PR, Brasil

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> María José Bravo Bosch  
Universidade de Vigo, Espanha

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Maria Vital da Rocha  
UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Prof. Dr. Otavio Luiz Rodrigues Junior  
USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Rosângela Lunardelli Cavallazzi  
UFRJ, Programa de Pós-Graduação em Urbanismo; PUC/RJ, Programa de  
Pós-Graduação em Direito, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Tarin Cristino Frota Mont'Alverne  
UFC, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

### **Normalização**

Tamires Reis e Danyele Melo

### **Normalização de Referências**

Jacqueline Campelo Jucá

### **Editoração Eletrônica**

Gustavo-Augusto Vieira e Eduardo Mendes de Oliveira

### **Supervisão Gráfica**

Eduardo Mendes de Oliveira

### **Capa**

Bookmaker

## **Centro Universitário 7 de Setembro**

### **Campus Água Fria**

Av. Alm. Maximiano da Fonseca, 1395 — Bairro Eng. Luciano Cavalcante

CEP: 60811-024 — Fortaleza, Ceará, Brasil

Telefone: (+55.85) 4006.7600

### **Campus Imperador**

Av. do Imperador, 1330 - Centro

Fortaleza - CE – Brasil

---

### **Reitor**

Ednilton Gomes de Soárez

### **Vice-Reitor**

Ednilo Gomes de Soárez

### **Pró-Reitor Acadêmico**

Prof. Dr. Adelmir de Menezes Jucá

### **Secretária Geral**

Fani Weinschenker de Soárez

### **Coordenadora do Curso de Direito**

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Maria Vital da Rocha

### **Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito**

Prof. Dr. João Luís Nogueira Matias



# Apresentação

A Revista Jurídica da FA7 / *FA7 Law Review* materializa a produção acadêmica de pesquisadores voltada à temática de “Relações Privadas e Desenvolvimento”, área de concentração do Programa de Pós-Graduação em Direito, criado no final de 2015. Destina-se à divulgação de artigos científicos, resultados de pesquisas, ensaios, traduções e resenhas, preferencialmente de autoria ou coautoria de professor-doutor.

A Revista é publicada ininterruptamente desde 2005 com periodicidade anual. Em 2015, quando foi enviada a proposta de criação do Curso de Mestrado em Direito da UNI7, o Periódico passou por uma reestruturação, a fim de se adequar aos novos rumos científicos da Instituição, passando a ter periodicidade semestral e publicação apenas eletrônica. A partir de 2020, para atender ao volume de submissões, tomou-se a decisão de reduzir a periodicidade, passando a revista a ser quadrimestral.

Posiciona-se atualmente no estrato B1, conforme avaliação do sistema WebQualis da Capes (2017), e mantém permuta com as principais bibliotecas nacionais e estrangeiras.

A política editorial da Revista Jurídica da FA7 expressa a área de concentração do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNI7, consolidada em suas linhas de pesquisa, possuindo os seguintes eixos temáticos: (i) Relações privadas, direitos humanos e desenvolvimento e (ii) Relações privadas, mercado e desenvolvimento.

Nesse sentido, este número é o décimo segundo em versão eletrônica, seguindo todas as orientações do WebQualis da Área do Direito. Essa edição é composta por 10 (dez) artigos, todos submetidos à avaliação de dois pareceristas anônimos para a avaliação qualitativa, seguindo o sistema *double blind peer review*.

Dirige-se agradecimento aos colaboradores pelos textos aqui publicados, convidando-se os leitores a conhecerem os focos de investigação realizados, com influxo na compreensão e aplicação do Direito.

Boa leitura!

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Germana Parente Neiva Belchior

*Editora-Chefe*



# Expediente

A Revista Jurídica da FA7 é o periódico acadêmico do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Concentra-se na área das Relações Privadas e Desenvolvimento. Todos os números publicados em versão impressa (volumes 1 ao 11) estão também disponíveis, na íntegra, no sítio eletrônico da Revista: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/>.

As regras para publicação na RJFA7 encontram-se no referido sítio eletrônico da UNI7. A RJFA7 não tem fins lucrativos e é disponibilizada gratuitamente no seu portal.

O escopo e a missão do Periódico é divulgar artigos científicos de qualidade, favorecendo o diálogo científico entre pesquisadores de múltiplas instituições e países, no que diz respeito aos temas pertinentes à sua linha editorial. O volume anual é composto por duas publicações, de periodicidade semestral.

A UNI7, a Editora e o Corpo Editorial da Revista não se responsabilizam pelos dados e opiniões expressos nos artigos, sendo estes de inteira responsabilidade dos autores. Toda e qualquer correspondência, incluindo a submissão de artigos científicos, cartas aos editores, solicitação de subscrição e cópias, sugestões, avisos e outras informações, deve ser enviada ao endereço eletrônico: [revistajuridica@uni7.edu.br](mailto:revistajuridica@uni7.edu.br).

É permitida a reprodução de artigos em qualquer meio, desde que citada a fonte. Considerando a política nacional de difusão do conhecimento científico, são reservados ao Centro Universitário 7 de Setembro o direito de primeira publicação. Os autores são incentivados a publicar os trabalhos em outros meios, desde que indicado o crédito da publicação original. A Revista utiliza a licença *Creative Commons vs 4.0*, com a condição “Atribuição” (CC BY 4.0).

Os autores devem estar cientes de que, se os artigos demandarem a aprovação do Comitê de Ética, deverão informar o protocolo de aprovação, anexando o respectivo Parecer. No ato da submissão, é necessário informar se há conflito de interesses com relação à pesquisa.



# Sumário

**Revista Jurídica da FA7**

*FA7 Law Review*

v. XVII, n. 2, maio/ago. 2020

ISSN 1809-5836 (Impresso)

ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

## **A UTILIZAÇÃO PARTICULAR OU EMPRESARIAL DE DRONES NO BRASIL: RESPONSABILIDADE CIVIL E AMBIENTAL OU MARCO REGULATÓRIO**

Claudia Ribeiro Nunes

Priscila Elise Alves Vasconcelos ..... 13

*Particular or entrepreneurial use for unmanned aerial vehicles - UAV's - in Brazil: The  
Regulatory Framework Liability and Environmental Law Analysis*

## **O DANO MORAL COLETIVO NA SOCIEDADE DE RISCO: UMA ANÁLISE DE SUA FUNCIONALIDADE NO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO**

Auricélia do Nascimento Melo

Dione Cardoso de Alcantara ..... 25

*The collective moral damage in the risk society: an analysis of its functionality in the work  
environment*

## **PROVEDORES DE SERVIÇOS DE INTERNET: A RESPONSABILIDADE CIVIL SOB A ÓTICA REFLEXIVA FILOSÓFICA DE HANS JONAS E DA LEGISLAÇÃO DO MARCO CIVIL DA INTERNET (LEI N. 12.965/2014)**

Bárbara De Bonis

Ricardo Libel Waldman ..... 43

*Internet service providers: civil responsibility under the reflective philosophical view of  
Hans Jonas and the legislation of the internet civil framework (law n. 12.965/2014)*

## **DIREITOS DA PERSONALIDADE E O TELETRABALHO: A VULNERABILIDADE DO TRABALHADOR E OS IMPACTOS LEGISLATIVOS**

Dirceu Pereira Siqueira

Danilo Henrique Nunes ..... 59

*Personality rights and telework: vulnerability of the worker and the legislative impacts*

## **AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO STF: ESPAÇO DELIBERATIVO OU RETÓRICA?**

Juliana Nobrega Feitosa

Silvia Carlos da Silva Pimentel ..... 73

*Public Hearings and STF: Is it a deliberative space or is it rhetoric?*

**O DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO E O VALOR DA INFORMAÇÃO NOS PADRÕES DE PRODUÇÃO E CONSUMO RESPONSÁVEL**

Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira

Rosilene Paiva Marinho de Sousa .....87

*Socioeconomic development and the value of information in responsible production and consumption standards*

**RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA**

Regina Beatriz Tavares da Silva .....99

*Civil liability in family relations*

**A EXPLORAÇÃO ECONÔMICA DE BENS PÚBLICOS POR MEIO DA CESSÃO ONEROSA DE NAMING RIGHTS**

André Dias Fernandes

Leticia Queiroz Nascimento .....125

*The economic exploitation of public goods through the onerous assignment of naming rights*

**REFLEXIONES SOBRE EL ALCANCE DE LOS PRINCIPIOS DEL CAUSANTE Y DE CAPACIDAD CONTRIBUTIVA A LA LUZ DE LA TEORÍA DE LA TRIBUTACIÓN AMBIENTAL: LOS CASOS DE BRASIL Y COSTA RICA**

Carlos E. Peralta .....143

*The principles of the polluter-pays and ability-to-pay according to the theory of environmental taxation: The cases of Brazil and Costa Rica*

*Reflexões sobre o alcance dos princípios do poluidor-pagador e da capacidade contributiva a partir da teoria da tributação ambiental: Os casos do Brasil e da Costa Rica*

**A PROTEÇÃO DO DIREITO À HABITAÇÃO NO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS DO HOMEM: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL**

Alexandra Aragão .....161

*Protection of the right to housing at the European court of human rights: a jurisprudential analysis*

**RESENHA**

**SUMISIÓN Y RESIDENCIA HABITUAL EN EL REGLAMENTO EUROPEO DE SUCESIONES: FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS. Revista Internacional de Derecho Romano, nº 24, abr. 2020. Da autoria das Profas. Dras. Carmen López Rendo e María José Azaustre**

Javier Carrascosa González .....183

# A UTILIZAÇÃO PARTICULAR OU EMPRESARIAL DE DRONES NO BRASIL: RESPONSABILIDADE CIVIL E AMBIENTAL OU MARCO REGULATÓRIO

**Claudia Ribeiro Nunes**

Universidade Veiga de Almeida (UVA), Rio de Janeiro  
crpn1968@gmail.com

**Priscila Elise Alves Vasconcelos**

Universidade Veiga de Almeida (UVA), Rio de Janeiro  
prisvascon@gmail.com

**RESUMO:** Este trabalho tem por objetivo demonstrar como as novas tecnologias vêm sendo regulamentadas no Brasil, sendo o núcleo da pesquisa o uso de veículos aéreos não tripulados, os VANT's ou drones. Análise sobre o marco regulatório brasileiro e a verificação de lacunas e diretrizes foi realizada. Através de dados extraídos da legislação, doutrina especializada, artigos científicos e o direito comparado, a pesquisa abrange o mapeamento, os principais aspectos e dimensões envolvendo os drones. Nos resultados, destaca-se a necessidade de melhorias na aplicabilidade e divulgação das regras para pilotagem e uso. Há ausência de normas específicas sobre responsabilidade ambiental e descarte de resíduos tecnológicos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Tecnologia. Conflito de competência. Drones. Regulação. Políticas Públicas.

*Particular or entrepreneurial use for unmanned aerial vehicles - UAV's - in Brazil: The Regulatory Framework Liability and Environmental Law Analysis*

**ABSTRACT:** This paper has an aim adress how the new technologies are being regulated in Brazil, being the object using unmanned aerial vehicles, UAV's or Drones. The work is an analysis on the regulatory framework, a verification guidelines was held and point the gaps. Through the data extracted from the legislation, specialized doctrine, scientific articles and comparative law, the research covers the mapping of the main aspects and dimensions involving drones. In the expecting results, highlighting the need for enhancements on applicability and dissemination of rules for drones pilotage and use. There is lack of specific rules on liability and waste disposal technology.

**KEYWORDS:** Technology. Conflict of competence. UAV's. Regulation. Public policy.

## INTRODUÇÃO

Em pleno século XXI, os antigos aeromodelos tão desejados por jovens e adultos nos anos 70 e 80 deram lugar aos atuais VANT's, veículos aéreos não tripulados, ou drones como são costumeiramente chamados. Os novos aparelhos tomaram os céus das mais diversas cidades e áreas descampadas e fronteiriças ao longo do mundo e vêm sendo utilizados em diferentes acepções econômicas e não econômicas.

O avanço tecnológico vem acompanhado de questões fronteiriças do direito ainda não resolvidas. Pode-se citar algumas delas, como a regulação do uso dos drones na segurança pública e privada, nacional e transnacional, tutela ambiental, saúde, desenvolvimento, na modificação dos standards das novas fontes de energia, dentre outros. Ao dispor sobre o uso de VANT'S ou drones, as áreas de atuação em maior escala são de geomapeamento, agricultura, meio ambiente, segurança e monitoramento, fotos e filmagens, dentre outros (MERCADRONE, 2016).

Este trabalho tem por objetivo demonstrar em qual estágio se encontra a regulamentação dos VANT's ou drones e, para isso, analisará o sistema constitucional brasileiro e as questões referentes a regulação de novas tecnologias. O objeto principal é dessecar as competências concorrentes entre a União e o Estado, verificando se há conflito com a competência local, apelidada na Constituição da República de municipal. Ressalta-se que, por existirem várias espécies de aeronaves VANT's, o trabalho irá abordar de forma global a legislação pertinente citando alguns casos, como o de uso recreativo e da pulverização de fertilizantes, uma das grandes problemáticas atuais.

Para atingir o objetivo geral do trabalho a abordagem metodológica, far-se-á através de revisão da literatura integrada, principalmente, de autores nacionais, além da pesquisa e análise dos dados secundários, como a legislação vigente, a fim de demonstrar como o país – Brasil – vem tratando a temática. O método empregado será o estado da arte.

A pesquisa foi realizada através de literatura científica acerca do tema, englobando aspectos jurídico-ambientais e jurídico-econômicos dentro do contexto brasileiro. Foram trazidos dados internacionais de forma a demonstrar a comparação na participação de outros países na temática acerca do uso de novas tecnologias.

O período analisado na pesquisa aborda a evolução histórico-jurídica da legislação brasileira, sendo o marco principal a Política Nacional de Meio Ambiente de 1981. Outros diplomas de importância justificável também foram abordadas como o surgimento da expressão desenvolvimento sustentável pelo Relatório de Brundtland em 1987, a elevação do tema meio ambiente a direito e garantia fundamental pela Constituição da República em 1988, bem como as principais políticas ambientais que foram implementadas em território brasileiro.

Questões envolvendo a aplicação da Política Nacional de Resíduos Sólidos também foram trazidas à pesquisa, principalmente por se tratar de um dos grandes desafios da atualidade à redução de resíduos e o reaproveitamento para minimizar danos ambientais.

Foram analisados artigos científicos nas bases de dados nacional e internacional, como Scopus, Web of Science, além de dados governamentais oficiais, sítios eletrônicos de organizações e associações empresariais, e, por fim, literatura jurídica.

Através do uso de palavras-chave como tecnologia, conflito de competência, drones, regulação e políticas públicas, foi possível o levantamento de dados e informações para o desenvolvimento da pesquisa. Por fim, para registro, serão aludidos casos controvertidos na Europa que suscitem um estudo específico e mais aprofundado.

Nesta pesquisa, como não faz parte do escopo de estudo, houve uma limitação para apurar nos meios de comunicações dados para futura pesquisa. Apresenta-se um apanhado de notícias de 2017 e 2018 sobre a temática a auxiliar no entendimento da conclusão sobre o estágio da regulação brasileira. Em trabalho futuro, será realizado o estudo comparativo da regulação brasileira com a de outros países.

## 1. VANT'S OU DRONES

VANT's ou Drones são aeronaves que voam sem tripulação. Eles também são chamados de VANT (sigla para veículo aéreo não tripulado) ou VANT's, ou UAV (Unmanned Aircraft Vehicle). Existem outras distinções importantes, por exemplo, os mísseis de cruzeiro não são considerados drones pela simples razão de que eles não são reutilizáveis e os drones são.

Há inúmeros tipos de drones de acordo com seu uso. Formas e tamanhos também são muito variados. No início, os drones eram controlados por pessoas via controle remoto. Hoje, as expectativas do controle autônomo dos drones crescem. Estas são as duas modalidades fundamentais.

No cenário militar, drones são usados para missões de reconhecimento e ataque. Na esfera civil, seus usos são múltiplos e continuam crescendo. Há drones para combater incêndios, para busca e salvamento, patrulhamento de estradas, filmagem de filmes, etc. Eles são especialmente úteis no trabalho em áreas perigosas ou inacessíveis. O que ganhou impulso como uma indústria destinada a fins bélicos - especialmente as forças dos EUA - tornou-se, pouco a pouco, uma presença maior na esfera civil.

Atualmente, mais de 70 países possuem drones e, em vários países, há fabricantes dessa tecnologia originários de grandes empresas, pesquisadores de universidades e algumas empresas iniciantes. Os fabricantes desses dispositivos têm interesse em vendê-los e em obter benefícios em escala global. Apenas com o uso militar de drones, os lucros da introdução de suas invenções em escala civil poderiam dobrar, alcançando 11.600 milhões de dólares em 2023, como reconhecido pelo Grupo Teal.

Outras estimativas, como a de Jim Williams, da Administração Federal de Aviação dos Estados Unidos<sup>1</sup> – FAA, sigla em inglês -, registraram em 90.000 milhões de dólares os lucros que o negócio dos drones poderia gerar na próxima década (Torres, 2014). Ressalta-se que a FAA é o órgão governamental norte-americano responsável pela parte de regulamentação e demais aspectos relacionados à aviação civil nos Estados Unidos.

De certa forma, todos os outros fabricantes de drones de consumo estão seguindo os passos da empresa que iniciou uma base de fãs. Em termos de tecnologia, essas decolagens são raras.

Importante destacar que, na atualidade, a empresa chinesa enfrenta o desafio da concorrência de fabricantes de drones mais baratos. Além disso, as ideias chinesas acabam por confrontar com as disposições legais de mercados tão importantes quanto de países como os Estados Unidos, onde a FAA impede o uso comercial de pequenos drones.

## 2. COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL SOBRE NOVAS TECNOLOGIAS

Ao tratar de regulamentação sobre determinado assunto, é imprescindível verificar o texto constitucional acerca da competência para legislar. Sendo a Constituição da República Federativa do Brasil uma constituição analítica (SLAIBI FILHO, 2003) e econômica (CANOTILHO, 1993), o seu texto evita qualquer discricionariedade pelo legislador e possui preceitos que garantem a organização e funcionamento da economia.

---

<sup>1</sup> Federal Aviation Administration. FAA. 1940.

A República Federativa do Brasil é composta pela união indissolúvel dos seguintes entes: Estados, Municípios e o Distrito Federal<sup>2</sup> (BRASIL, 1988). Por se tratar de uma constituição analítica, encontra-se em seu texto a descrição das competências dos entes federativos. No artigo 21 da Carta (BRASIL, 1988), o constituinte originário elencou as competências de cada ente, podendo ser privativa, reservada, concorrente ou suplementar.

De acordo com Silva (2015), competência é a faculdade atribuída juridicamente a uma entidade, órgão ou agente do Poder Público para a emissão de decisões. Pela Constituição da República (BRASIL, 1988), adotou-se o princípio da prevalência do interesse como forma de designar a competência dos entes federados.

Nesse sentido, cabe a União legislar sobre matérias de interesse geral, aos Estados e Distrito Federal as matérias de interesse regional e, por fim, aos Municípios e ao Distrito Federal aquelas cujo interesse local seja preponderante.

O artigo 21 da Constituição Federal cuida da competência exclusiva da União, enquanto que o artigo 22 trata da sua competência privativa para legislar. Importante destacar que no parágrafo único do artigo 22, há a previsão de lei complementar autorizativa de matérias remanescentes, devidamente especificadas no texto constitucional (BRASIL, 1988).

Já o artigo 23 da Carta (BRASIL, 1988), traz as competências distribuídas entre os entes da federação, sendo as comuns. Cita-se a proteção ao meio ambiente como uma competência comum a todos os entes federativos.

O artigo 24 da Constituição da República (BRASIL, 1988) trata da competência concorrente, ou seja, matérias que competem à União, Estados e Distrito Federal. Caberá a União estabelecer normas gerais enquanto que aos Estados e Distrito Federal aquelas normas específicas.

Importante destacar que o parágrafo 3º do artigo 24 é claro ao dispor que na ausência de lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a plenitude de competência, visando atender suas peculiaridades. Trata-se de uma competência suplementar descrita na própria Constituição Federal, onde no caso de superveniência de lei federal sobre a norma geral, ocorre a suspensão da eficácia da norma estadual geral.

O objeto de estudo é a normatização para trafegar veículos aéreos não tripulados, os VANT'S, que circulam no espaço aéreo brasileiro. Mediante isso, é preciso verificar de quem será a competência para legislar e regulamentar o seu uso.

Conforme o artigo 21, inciso XII, alínea c da Constituição da República (BRASIL, 1988), caberá a União a exploração da navegação aérea, podendo fazê-lo de forma direta ou mediante autorização, concessão ou permissão.

Acerca da competência legislativa, é importante destacar que o Supremo Tribunal Federal, em fevereiro de 2018, julgou um caso envolvendo o lançamento aéreo de agrotóxicos na produção de cana-de-açúcar em propriedade localizada no município de Lagoa da Prata, Minas Gerais<sup>3</sup>. Surgiu, então, a discussão acerca do interesse local (municipal) que ensejaria a competência municipal descrita no artigo 30, inciso I da Carta de 1988 (BRASIL, 1988).

---

<sup>2</sup> Art. 1º. Da Constituição da República Federativa do Brasil. Brasil. 1988.

<sup>3</sup> Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 1.045.719 Minas Gerais. Julgado em 05 de fevereiro de 2018.

De acordo com a Egrégia Corte Brasileira, quando há interesse local ocorre a atração da competência legislativa municipal. Porém, é necessário verificar as condições sociais, econômicas e políticas que envolvem o caso. O Supremo Tribunal Federal decidiu pela competência municipal por se tratar de questão legislativa relacionada ao direito ambiental (STF, 2018).

Com o advento da Agência Nacional de Aviação Civil<sup>4</sup>, em 2006, a União Federal exerce a sua competência descrita no art. 21, inciso XII, alínea c da Constituição da República. Através da agência reguladora de âmbito nacional, a União regula e fiscaliza as atividades de aviação civil e de infraestrutura aeronáutica e aeroportuária (BRASIL, 2006).

Outrossim, verifica-se que se trata de matéria de competência da União Federal, que a exerce através de sua agência reguladora desde 2006, ao tratar de aeromodelos não recreativos.

Com relação aos recreativos e de acordo com o exposto, a competência legislativa será a municipal, tendo por fundamento o art. 30, I da Carta de 1988<sup>5</sup>.

## 2.1. Competência Jurisdicional: VANT'S não-recreativos e recreativos

Uma das discussões acerca dos drones está relacionado à competência para processar e julgar as demandas judiciais. Para adentrar ao tema, necessário verificar que há os drones não-recreativos, utilizados pela Aeronáutica por exemplo, cuja competência constitucional é da União Federal (art. 21, inciso XII, alínea c<sup>6</sup>).

Com relação à espécie não-recreativa, como o bem jurídico tutelado é o espaço aéreo, o interesse da União Federal atrai a competência para a Justiça Federal, conforme artigo 109, I da Carta de 1988<sup>7</sup>.

Ao abordar a espécie recreativa, é importante verificar que a discussão acerca da competência processual ou jurisdicional traz algumas controvérsias que precisam ser dirimidas. Através da análise do artigo 125, § 1º, da Constituição da República<sup>8</sup>, verifica-se que a competência dos Tribunais de Justiça Estaduais é residual. Ou seja, assuntos em que há um interesse local ou regional irão tramitar perante a Justiça Estadual.

Diddier Jr (2018) aduz que competência é o fruto de critérios para distribuição entre vários órgãos que possuem jurisdição, sendo a competência jurisdicional o poder em exercer a jurisdição nos limites legais.

Para Nery Jr e Andrade Nery (2017), ao comentarem o artigo 42 do Código de Processo Civil<sup>9</sup> (BRASIL, 2015), dispõem que os critérios são definidos pela lei, distribuindo entre os órgãos do Estado o poder jurisdicional. Segundo os autores, a lei confere competência ao órgãos estadual capaz de exercer a jurisdição nos limites legais.

<sup>4</sup> Brasil. Lei 11.182/2006. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil.

<sup>5</sup> Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local;(…). Constituição da República. 1988.

<sup>6</sup> Art. 21. Compete à União: XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: c) a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária;(…). Constituição da República. 1988.

<sup>7</sup> Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes (...).Constituição da República. 1988.

<sup>8</sup> Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça. (...).Constituição da República. 1988.

<sup>9</sup> Art. 42. As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei.

Acerca dessa temática, processualistas como Wambier (2017), define como critérios para o conflito de competência os relacionados a definição e tipo de competência (territorial, valor, em razão da matéria, em razão da pessoa e por função). Com relação à competência territorial, define o autor a necessidade de localização do bem objeto do litígio.

Sendo a temática um veículo aéreo não tripulável – VANT's ou Drones -, de acordo com Wambier (2017) ocorrendo acidentes inclusive com aeronaves recairá no disposto do artigo 53, V do Código de Processo Civil<sup>10</sup> (BRASIL, 2015). Conforme o dispositivo legal, o foro competente será o do local do acidente, inclusive para reparação de danos.

Arruda Alvim et al.(2018) ao comentarem o artigo 53, inciso V do texto processual civil<sup>11</sup>, sustentam que as demandas de reparação de danos por acidentes que envolvam aeronaves também serão processados e julgados no local do domicílio ou da ocorrência do fato. Ou seja, delitos envolvendo acidentes de veículos ou aeronaves recebem o mesmo tratamento acerca da definição da competência jurisdicional.

## 2.2. Drones: A Resolução Da Anac

De acordo com a ANAC (2017-1), a expressão drone pode ser utilizada para descrever qualquer aeronave ou outro veículo que possua elevado grau de automatismo. A ANAC não utiliza essa nomenclatura e sim aeromodelos ou aeronaves remotamente pilotadas – RPA, sendo a diferença entre elas a finalidade que possuem. Os aeromodelos são utilizados para fins recreativos, enquanto as aeronaves remotamente pilotadas possuem qualquer outra finalidade não recreativa, seja corporativa ou não.

O dia 03 de maio de 2017 foi o marco regulatório acerca do uso de drones. A Agência Nacional da Aviação Civil editou o Regulamento Brasileiro da Aviação Civil Espacial – RBAC-E (ANAC, 2017-2), elencando as exigências para o uso de aeronaves não tripuladas. De acordo com a norma, deverão ser observadas as regulamentações de outros entes da Administração Pública, como a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, o Departamento de Controle do Espaço Aéreo – DECEA e o Ministério da Defesa.

O Regulamento Brasileiro de Aviação Civil Especial – RBAC –E nº 94 (ANAC, 2017-2), editado através da Resolução 410/2017 da ANAC, tem por escopo a viabilidade das operações com elevado nível de segurança. De acordo com a agência, as regras instituídas também têm por objetivo a promoção do desenvolvimento sustentável e seguro ao setor (ANAC, 2017 – 1).

Conforme a ANAC, além do Regulamento RBAC-E no. 94, outras normas precisam ser observadas. As instruções suplementares IS no. E94-001, IS no. E94-002 e IS no. E94.503-001 (ANAC, 2017-3) são algumas normas técnicas de procedimentos específicos que devem ser seguidos.

Tendo em vista a existência de elevado nível de complexidade e risco nas operações e equipamentos, os limites definidos na legislação tiveram por base regulamentações de autoridades de aviação civil de outros países, como a Federal Aviation Administration – FAA – dos Estados Unidos, Civil Aviation Safety Authority – CASA – da Austrália, e, por fim, European Aviation Safety Agency – EASA – da União Europeia.

---

<sup>10</sup> Art. 53. É competente o foro: (...) V - de domicílio do autor ou do local do fato, para a ação de reparação de dano sofrido em razão de delito ou acidente de veículos, inclusive aeronaves.

<sup>11</sup> V. 11.

Importante destacar que a partir de 03 de maio de 2017, qualquer aeronave não tripulada seja de uso recreativo, corporativo, comercial ou experimental, deverá se enquadrar nas regras definidas pela ANAC. Ressalta-se que há outras normas complementares como as da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, DECEA – Departamento de Controle de Espaço Aéreo e o Ministério da Defesa.

Existem algumas premissas para a regulamentação do uso de drones (ANAC, 2017-1). Dentre eles, pode-se destacar a viabilização de operações (comerciais), desde que a segurança às pessoas permaneça preservada, minimização de ônus administrativo e burocracia, e a permissão de evolução conforme o setor se desenvolve.

A utilização na área agrícola vem crescendo ao longo do tempo, principalmente no uso de fertilizantes com o menor contato humano, gerando menores impactos na saúde. Para os agricultores, o uso de tecnologias como os drones no campo fez com que aplicassem a agricultura de precisão, baseada em instrumentos e recursos da tecnologia da informação para implementar a atividade econômica. O uso de drones facilita o monitoramento da produção e reduz os custos de investimento (Revista Pesquisa Fapesp, 2016).

Imprescindível destacar que a própria resolução dispõe de forma expressa a não possibilidade de drones em centros urbanos, salvo situações peculiares como no caso de segurança pública. É preciso um distanciamento de 30 metros da população local por questão de segurança individual. Essa proibição não ocorre em áreas agrícolas, geralmente não ou pouco habitáveis.

Ressalta-se ainda o uso da tecnologia para controle sanitário e ambiental, sendo cabível uma isenção específica definida na IS E94-002. Mesmo entendimento para o uso pelo Corpo de Bombeiros dos estados, onde o risco pelo não uso em determinado salvamento ou situação de perigo pode ocasionar um dano muito maior.

### **3. RESPONSABILIDADE CIVIL E AMBIENTAL ACERCA DOS RESÍDUOS**

Uma das grandes preocupações acerca do uso de tecnologias diz respeito ao descarte correto de seus resíduos. Nessa temática, questões envolvendo a responsabilização de fabricantes e usuários – responsabilidade compartilhada - precisa e merece ser debatida.

É imprescindível destacar uma breve análise acerca da evolução histórica no Brasil sobre a proteção ao meio ambiente. Para uma melhor compreensão da temática, é preciso abordar sucintamente os três aspectos que envolvem a responsabilidade ambiental, previsto no artigo 225, parágrafo 3º. da Carta de 1988<sup>12</sup> (BRASIL, 1988), abrangendo as áreas cível, penal e administrativa.

Com o início da conscientização ambiental nos primórdios dos anos 80, com a publicação da Política Nacional de Meio Ambiente (BRASIL, 1981), a sociedade brasileira passou a ter uma regulamentação mais específica acerca da preservação ambiental. Posteriormente, em 1988, foi

---

<sup>12</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...] § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

promulgada uma nova ordem jurídica com a Constituição da República, o meio ambiente adquiriu status de direito difuso (Capítulo VI, do Título VIII), tornando-se um direito difuso e uma obrigação pela tutela de todos os entes e sociedade (BRASIL, 1988).

Ao abordar a temática responsabilidade, no âmbito cível, o texto constitucional prevê a modalidade objetiva daqueles causadores de condutas ou atividades lesivas ao meio ambiente. Ou seja, de acordo com Fiorillo (2015) e com o texto constitucional, não é exigido qualquer tipo de elemento subjetivo para a configuração da responsabilidade civil. Ademais, trata-se de responsabilidade solidária em respeito ao art. 3º, inciso I do Texto Maior<sup>13</sup> (BRASIL, 1988).

Independentemente da obrigação de reparar os danos causados, poderão os infratores sofrer maiores penalidades, mesmo que não tenham agido de forma imprudente, negligente ou imperita.

Ainda com relação à responsabilidade, Fiorillo (2015) atenta a necessidade de respeito ao princípio de direito norte-americano do *due process of law*<sup>14</sup>. Importante destaque para que ocorra uma limitação do poder de polícia da Administração Pública.

A preocupação mundial na proteção e preservação do meio ambiente influenciam diretamente o cumprimento das normas brasileiras. O Brasil faz parte de tratados internacionais sobre a temática, já tendo inclusive sido sede de algumas conferências internacionais, como a Rio-92 (Senado, 2018) e a Rio+20 (2012), ambas ocorridas na cidade do Rio de Janeiro, em 1992 e 2012, respectivamente.

Segundo o Ministério do Meio Ambiente – MMA (2018), as ações que respeitam o meio ambiente e políticas que tenham por objetivo a sustentabilidade possuirão também responsabilidade socioambiental. Todos são responsáveis pela preservação ambiental: governos, empresas e cada cidadão.

Ademais, o MMA (2018) define produção sustentável como uma incorporação, ao longo de todo ciclo de vida de bens e serviços, objetivando o uso de alternativas melhores para minimizar custos ambientais e sociais. A preocupação acerca do meio ambiente ser preservado é tamanha que perfaz necessário o procedimento de licenciamento ambiental previsto na Lei Complementar 140/2011 (BRASIL, 2011). De acordo com a norma, qualquer atividade ou empreendimento utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores capazes de causar degradação ambiental devem ingressar com o procedimento administrativo.

Juntamente à questão da responsabilidade e da necessidade de licenciamento, é importante ressaltar que a definição de consumo sustentável. Definido pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA, 1972), consume sustentável é o uso de bens e serviços que atendam às necessidades básicas, proporcionando uma melhor qualidade de vida, enquanto minimizam o uso de recursos naturais e materiais tóxicos, a geração de resíduos e a emissão de poluentes durante todo ciclo de vida do produto ou do serviço, de modo que não se coloque em risco as necessidades das futuras gerações.

Ao tratar de drones, a Resolução da ANAC de 2017 traz como regra sobre o descumprimento das normas estabelecidas a aplicação das sanções previstas na Lei 7.656/86<sup>15</sup>. Essa lei

---

<sup>13</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;(...)

<sup>14</sup> O princípio do *due process of law* está previsto no art. 5º, incisos LIV e LV da Constituição da República de 1988: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

<sup>15</sup> E94.17 – Descumprimento das regras estabelecidas. Resolução Anac RBAC E-94.

descrita no regulamento trata do Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA (BRASIL, 1986). De acordo com o disposto no regulamento, haverá a aplicação das sanções do CBA no caso de descumprimento das normas.

Com relação à responsabilidade penal quando da ocorrência de danos, o regulamento traz as disposições descritas no art. 33 da Lei de Contravenções Penais<sup>16</sup> (BRASIL, 1941). Além disso, é possível aplicar também os tipos penais descritos no Código Penal (BRASIL, 1984), como o crime de dano previsto no art. 163<sup>17</sup> do diploma.

Acerca da responsabilidade ambiental, o regulamento é silente. Não há qualquer previsão em seu texto acerca de um possível dano ambiental, do descarte de seus resíduos, ou qualquer outra matéria que atinja diretamente o Meio Ambiente.

Mediante a omissão legislativa, indaga-se acerca da possibilidade de aplicação da Política Nacional de Resíduos Sólidos (BRASIL, 2011) bem como da Lei de Crimes Ambientais (BRASIL, 1998), que serão objeto de um trabalho futuro.

#### 4. CURIOSIDADES SOBRE OS VANT'S OU DRONES NA EUROPA

Além da regulamentação já descrita no trabalho, no Brasil também é necessário o registro junto a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, a fim de evitar interferências em outros aparelhos que necessitam de comunicações via satélite.

Algumas questões peculiares sobre a segurança no uso de drones já atingiu o Brasil e outros países já desenvolvidos e com regulamentação mais consolidada. Em alguns países europeus como Bélgica e Suécia já houve uma maior restrição ao uso ou até mesmo o banimento para aqueles amadores.

Segundo Botija (2018), as forças de segurança da Europa consideram os drones como uma real ameaça à segurança e não apenas um risco potencial. Para o autor, os riscos – de acordo com a Agência Europeia para segurança da aviação – EASA – podem ser detalhados como a capacidade de gerar acidentes e incidentes tanto no chão como no ar.

Botija (2018) aduz que, de forma efetiva, o usuário dos VANT's ou drones podem de forma involuntária causar danos e até mesmo agir contra a segurança coletiva.

Em junho de 2017, Portugal já apresentava um regulamento para o uso de drones, mas não possuía capacidade fiscalizatória. Por ser integrante da União Europeia, é signatário da legislação comum que prevê o registro de propriedade e identificação eletrônica do aparelho. Ocorre que àquela época não estava ainda vigente, encontrando-se em fase de consulta pública. A preocupação portuguesa ocorria pelos sucessivos incidentes com drones e a ausência de regras claras que dispusessem sobre responsabilização e controle dos equipamentos (DN, 2017).

Na Espanha, com a edição do Real Decreto 1036/2017, foi analisado o uso de drones e a relação com a segurança pública. De acordo com Botija (2018), o decreto foi dedicado de forma precisa à segurança, prevendo regras para que a execução de operações necessitem de comunicação prévia ao Ministério do Interior no prazo mínimo de dez dias da operação. A medida visa a restrição ou proibição de operações que podem ensejar riscos à proteção de pessoas ou até mesmo danos patrimoniais.

<sup>16</sup> E 94-701. Resolução ANAC RBA E 94.

<sup>17</sup> Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Incidentes ocorridos na Rússia também fizeram o governo local reavaliar o uso de drones em seus territórios, pleiteando uma regulamentação mais severa na Europa (SPUTNIKNEWS, 2018).

Em abril de 2018, foi publicada a informação em sítio eletrônico que a Agência Europeia de Segurança da Aviação – EASA – está para publicar uma legislação que proíbe o uso de drones recreativos sem licença nos países que fazem parte da comunidade europeia. Outros países que não integram a União Europeia como a Suíça tendem a adotar a mesma legislação (DroneDJ, 2018).

Portanto, constata-se que tanto no Brasil quanto em diversos países europeus há uma preocupação quanto a regulamentação do uso dos VANT's ou drones para evitar os abusos de fato e de direito que podem ocasionar instabilidade social e danos morais e materiais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acesso às novas tecnologias está cada vez mais comum e popular. Com a informação global e a necessidade de evolução tecnológica em curto espaço de tempo, objetos antes inalcançáveis se tornaram acessíveis. É o que ocorre com os VANT's ou drones, onde é possível visualizá-lo nas mais diferentes cidades e em diversas ocasiões. Com essa popularização, vêm os problemas a serem enfrentados, principalmente os jurídicos e as consequências do uso indiscriminado da tecnologia, o que gera dano nacional e transnacional.

Dentre os desafios enfrentados pelo setor da aviação civil está a concessão de certificação de aeronavegabilidade aos usuários, a fiscalização e punição dos infratores. Todavia, apesar da legislação ser um marco por sua relevância na área, é preciso um maior acesso às informações ali contidas de forma a evitar qualquer tipo de inoportuno.

Constata-se que muito ainda há de ser feito, principalmente a conscientização que não se trata de mero objeto de lazer e sim que há regras rígidas que precisam ser obedecidas para o melhor convívio de todos. Uma das atitudes positivas é que já existe no Brasil um setor para denúncias junto à ANAC<sup>18</sup> (2017-4), como forma de tentar conter possíveis infratores.

As novas regras devem começar a serem adotadas em 2019 e tem por objetivo não a proibição total, mas tornar o seu usuário consciente que existem regras a serem seguidas e respeitadas, evitando assim problemas como o ocorrido no final de 2017 no aeroporto de Congonhas, São Paulo, Brasil (VEJA, 2017).

No Brasil, aplica-se de forma subsidiária os tipos penais descritos no Código Penal e na lei de contravenção penal (BRASIL, 1984), além de outros diplomas quando cabíveis. Acerca das questões envolvendo os resíduos, haverá também a aplicação da legislação de forma subsidiária, tendo em vista a omissão no regulamento.

Há uma necessidade de melhorias na aplicabilidade e divulgação das regras para pilotagem e uso dos drones pela população, independentemente do setor (recreativo ou não). Além disso, é de extrema urgência que ocorra um melhor acesso às informações pertinentes. Por fim, sugere-se que novas regulações para o uso, pilotagem, responsabilidade (civil, administrativa, penal e ambiental), além do descarte correto de resíduos sejam elaborados a fim de evitar maiores danos futuros.

---

<sup>18</sup> Fiscalização ANAC.

## REFERÊNCIAS

- AGRICULTURA DE PRECISÃO. Revista Pesquisa. **Drones sobre o campo**. Disponível em: <http://revistapesquisa.fapesp.br/2016/02/03/drones-sobre-o-campo-2/> Acesso em: 28 maio 2018.
- ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil. Resolução 419/2017. **Regras da ANAC para uso de drones entram em vigor**. Disponível em: [http://www.anac.gov.br/noticias/2017/regras-da-anac-para-uso-de-drones-entram-em-vigor/release\\_drones\\_v2.pdf](http://www.anac.gov.br/noticias/2017/regras-da-anac-para-uso-de-drones-entram-em-vigor/release_drones_v2.pdf) Acesso em: 20 maio 2018.
- ANAC. **Regulamento Brasileiro de Aviação Civil Especial** – RBAC – E n° 94. Disponível em: [http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/rbha-e-rbac/rbac/rbac-e-94-emd-00/@@display-file/arquivo\\_norma/RBACE94EMD00.pdf](http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/rbha-e-rbac/rbac/rbac-e-94-emd-00/@@display-file/arquivo_norma/RBACE94EMD00.pdf) Acesso em: 20 maio 2018.
- ANAC. Legislação. **Instruções Suplementares**. Disponível em: <http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/iac-e-is/is> Acesso em: 29 maio 2018.
- BOTIJA, Fernando G. Drones: seguridad pública y régimen sancionador. **Revista Vasca de Administración Pública**, n. 111, p. 271-310, mayo/ago. 2018. Disponível em: <https://www.euskadi.net/r61-s20001x/es/t59aWar/t59aMostrarFicheroServlet?t59aIdRevista=2&R01HNoPortal=true&t59aTipoEjemplar=R&t59aSeccion=41&t59aContenido=2&t59aCorrelativo=1&t59aVersion=1&t59aNumEjemplar=111> Acesso em: 01 out 2018.
- BRASIL. **Política Nacional de Meio Ambiente**. Lei no. 6.838/81. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm) Acesso em: 10 jun. 2018.
- BRASIL. **Código Penal**. 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm) Acesso em: 07 jun. 2018.
- BRASIL. **Código Brasileiro de Aeronáutica**. Lei n° 7.656/86. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7565.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7565.htm) Acesso em: 08 jun. 2018.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 30 maio 2018.
- BRASIL. **Código de Processo Civil Brasileiro**. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/at02015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/at02015-2018/2015/lei/113105.htm) Acesso em: 09 jun. 2018.
- BRASIL. **Decreto-lei 3.688/41**. Lei de Contravenções Penais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3688.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm) Acesso em: 10 jun. 2018.
- BRASIL. **Lei n° 11.186/2006**. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/at02004-2006/2005/lei/111182.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/at02004-2006/2005/lei/111182.htm) Acesso em: 30 maio 2018.
- BRASIL. **Lei Complementar n° 140/2011**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp140.htm) Acesso em: 10 jun. 2018.
- BRASIL. **Fale com a ANAC**. Disponível em: [http://www.anac.gov.br/fale-com-a-anac/copy\\_of\\_fale-com-a-anac](http://www.anac.gov.br/fale-com-a-anac/copy_of_fale-com-a-anac) Acesso em: 29 maio 2018.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina. 1993.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.
- DN. Diário de Notícias. **Lei mais rígida sobre uso de drones marca passo na agência europeia**. Disponível em: <https://www.dn.pt/sociedade/interior/lei-mais-rigida-sobre-uso-de-drones-marca-passo-na-agencia-europeia-8573022.html> Acesso em: 29 maio 2018.

DRONE DJ. **Hobby drone pilots in the EU and Switzerland will soon need a license.** Disponível em: <https://dronedj.com/2018/04/19/hobby-drone-pilots-in-the-eu-and-switzerland-will-soon-need-license/> Acesso em: 29 maio 2018.

FEDERAL Aviation Administration. Disponível em: <https://www.faa.gov/>. Acesso em: 29 maio 2018.

FIORILLO, Celso Antônio P. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MERCADRONE. 13 áreas diferentes que atuam com drones. Disponível em: <http://blog.merca-drone.com.br/index.php/2016/08/11/13-areas-diferentes-que-ja-atuam-com-drones/> Acesso em: 26 maio 2018.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Responsabilidade Socioambiental**. Brasil, 2016. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental>. Acesso em: 03 jun. 2018.

NERY JR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de Processo Civil Comentado**. 17ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PNUMA. **Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente**. 1972. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/agencia/pnuma/>. Acesso em: 08 jun. 2018.

SENADO FEDERAL. **Conferência Rio-92 sobre o meio ambiente do planeta: desenvolvimento sustentável dos países**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/a-rio20/conferencia-rio-92-sobre-o-meio-ambiente-do-planeta-desenvolvimento-sustentavel-dos-paises.aspx> Acesso em: 10 jun. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38 ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2015.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

SPUTNIK NEWS. **Rússia quer regulamentação mais severa sobre drones na Europa**. Disponível em: <https://br.sputniknews.com/russia/2018021610546728-russia-drones-regulamentacao/> Acesso em: 29 maio 2018.

STF. Supremo Tribunal Federal. **AG .Reg. no Recurso Extraordinário 1.045.719** Minas Gerais. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14330381> Acesso em: 31 maio 2018.

RIO + 20. **Anais da Conferência**. 2012. Disponível em: <http://www.rio20.gov.br/> Acesso em: 10 jun. 2018.

VASCONCELOS, P. S.; CARPIO, L. G. T. 2014. **Estimating the economic costs of electricity deficit using input–output analysis: the case of Brazil**. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/00036846.2014.982858> Acesso em: 30 maio 2018.

VEJA, Revista. **Drone fecha aeroporto de Congonhas por duas horas**. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/drone-fecha-aeroporto-de-congonhas-por-duas-horas/> Acesso em: 29 maio 2018.

WAMBIER, Luiz Roberto. **Curso Avançado de Processo Civil**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

Recebido em: 08 out. 2018.

Aceito em: 03 dez. 2019.

# O DANO MORAL COLETIVO NA SOCIEDADE DE RISCO: UMA ANÁLISE DE SUA FUNCIONALIDADE NO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

**Auricélia do Nascimento Melo**

Universidade Estadual do Piauí (UESPI), Piauí  
aurimelo@hotmail.com

**Dione Cardoso de Alcantara**

Centro Universitário UNINOVAFAPI, Piauí  
dionecardoso@hotmail.com

**RESUMO:** A sociedade pós-industrial é nominada de sociedade de risco pelos riscos gerados em decorrência do avanço da tecnologia, da globalização e da fluidez das informações. Nesse novo contexto, a responsabilidade civil, notadamente aquela em decorrência dos danos injustamente suportados toma a dimensão da coletividade. Assim, a problemática enfrentada na pesquisa é analisar de acordo com a doutrina e jurisprudência, a possibilidade de conferir danos morais a uma coletividade. A metodologia empregada foi a pesquisa de artigos específicos sobre o tema, bem como julgados dos tribunais aliado à doutrina atual. Conclui-se, que o dano moral coletivo trabalhista existe em decorrência da sociedade de risco e que atinge em especial o meio ambiente do trabalho e por conseguinte a saúde do trabalhador, isso faz com que o debate propicie um aprofundamento sobre o direito ambiental do trabalho e que este seja visto como um instrumento de redução das complexidades, servindo como mecanismo de proteção da saúde do trabalhador.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sociedade de Risco. Responsabilidade civil. Dano moral coletivo. Meio ambiente do trabalho.

*The collective moral damage in the risk society: an analysis of its functionality in the work environment*

**ABSTRACT:** Post-industrial society is called a risk society because of the risks generated by the advance of technology, globalization and the flow of information. In this new context, civil liability, especially that resulting from unjustly sustained damages, takes on the dimension of the community. Thus, the problem faced in the research is to analyze, according to doctrine and jurisprudence, the possibility of conferring moral damages to a collectivity. The methodology employed was the search for specific articles on the subject, as well as judgments of the courts combined with current doctrine. The conclusion is that the collective labor moral damage exists as a result of the risk society and that affects in particular the work environment and therefore the health of the worker, this causes the debate to deepen the environmental law of labor. and that it be seen as an instrument to reduce complexities, serving as a mechanism for protecting workers' health.

**KEYWORDS:** Society of risk. Civil responsibility. Collective moral damages. Work environment.

## INTRODUÇÃO

Inequívocas as transformações que vem passando a sociedade contemporânea impulsionadas pela economia, pela maior politização dos indivíduos e pela globalização. Nesse contexto surge a sociedade de risco, para a qual a ideia de risco evolui de um acaso para a de um ato juridicamente controlável pela probabilidade, e posteriormente caracterizada como uma sociedade reflexiva, fazendo surgir a necessidade de uma responsabilização por eventuais danos decorrentes de tais atos.

Percorrendo o caminho da responsabilidade civil e tendo em vista a socialização do Direito surge o dano moral coletivo, e com ele um problema: o de saber qual sua extensão, e caracterização. Refletindo sobre a temática, é necessário pontuar se é admissível conferir uma indenização a título extrapatrimonial a uma coletividade em razão da ocorrência de danos?

Em uma resposta hipotética parte-se da premissa de que o dano deveria conter algo subjetivo, o que é inerente a um indivíduo, e não a uma coletividade. O estudo mostra-se relevante, notadamente no Direito do Trabalho, tendo em vista a uma natural posição de insuficiência econômica do trabalhador frente ao empregador, pelo que a aplicação da teoria da responsabilidade se adequa à construção principiológica protetiva do direito laboral.

O estudo possui caráter qualitativo bibliográfico, para tanto será analisada a denominada sociedade de risco, a partir do pensamento de Beck, objetivando conceituar, caracterizar, e demonstrar que a construção de um conceito de risco que seja adequado às complexidades da sociedade atual é relevante para o contínuo aperfeiçoamento da tutela jurídica, em especial a proteção à saúde do trabalhador.

Na sequência foi abordada a modificação do perfil funcional na teoria da responsabilidade civil. Buscou-se delimitar o novo foco da responsabilização civil na pessoa da vítima, de um dano injustamente provocado.

Em relação ao dano moral coletivo tratou-se de demonstrar que o dano extrapatrimonial se estende também a uma coletividade, pautando-se na aplicação dos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana. Além disso, buscou-se realizar uma sistematização da interação entre o dano moral coletivo, o direito do trabalho e a sociedade de risco, evidenciando-se que o campo propício para o surgimento do dano extrapatrimonial da sociedade pós-industrial se dá notadamente no meio ambiente do trabalho por meio de consequências não previsíveis à saúde do trabalhador.

## 1. SOCIEDADE DE RISCO

Como ponto inicial e basilar para a construção de um estudo deve-se partir da conceituação dos institutos a serem analisados, desta feita é necessário estabelecer o que seja risco na sociedade contemporânea para que se possa mais adiante verificar a interferência e consequências na seara trabalhista. Tomou-se como premissa a sociedade contemporânea qualificada como sociedade de risco pelo pensamento do sociólogo alemão Ulrich Beck (1992, p. 21) em que “o risco pode ser definido como uma forma sistemática de lidar com os perigos e as incertezas produzidos e introduzidos pela própria modernização”.

É certo que após a sociedade industrial o desenvolvimento das tecnologias nos mais diversos setores da vida humana, desde a produção de gêneros alimentícios até a manipulação de material genético, químicos e nucleares, bem como a disseminação das informações e associa-

ções em rede, vem a caracterizar o perfil dessa nova sociedade, onde a globalização, aqui entendida como a forma de circulação rápida do conhecimento humano, vem a gerar riscos das mais variadas formas e graus, dentre eles os riscos ao meio ambiente, nucleares, químicos, genéticos e até mesmo econômicos (BECK, 1992).

Fica evidenciado, portanto, a ligação umbilical entre a globalização e o que se entende sobre sociedade de risco, e o conseqüente aparecimento da sociedade reflexiva<sup>1</sup>, fase da modernidade onde o desenvolvimento técnico científico não tem como afirmar o que irá acontecer no futuro. A análise, aprofundamento do estudo e entendimento da sociedade de risco poderá nortear as possíveis soluções dos riscos existentes. Impende destacar neste ponto o que Niklas Luhmann (1985, p.46-48)<sup>2</sup> em contribuição para a Sociologia do Direito desenvolveu em sua análise conceitual do que se entende por risco na sociedade atual de enormes complexidades que sempre existe mais uma possibilidade que não era previsível.

Destaque-se que antes da Idade Moderna as situações que geravam um risco já existiam, a exemplo das viagens empreendidas pelos navegadores para a descoberta e exploração dos continentes, o qual o Brasil é fruto.

O que vem a distinguir o risco de outrora com o risco que se vivencia atualmente é a sua dimensão, ou talvez melhor o seu alcance, que é de âmbito global. O que antes tinha risco não ultrapassava o indivíduo, hoje pode chegar a atingir um contingente imensurável de pessoas e coisas<sup>3</sup>. Anteriormente se atribuíam os riscos às catástrofes naturais, pelo que se caracterizavam

<sup>1</sup> Cabral (2016, p. 183) indica que a sociedade de risco gera uma crise nas relações jurídicas já que põe em xeque a segurança gerando uma desconfortável desconfiança do conhecimento: “A reflexividade responde pelo dinamismo moderno e representa a constante necessidade de justificar e reordenar as práticas diante do conhecimento vigente. A reflexividade confere um caráter móvel às instituições modernas e aponta para a impossibilidade da certeza do conhecimento. A constante revisão do conhecimento ameaça a renovação da confiança nos sistemas abstratos, pois expõe as lacunas e as limitações das perícias das quais os indivíduos dependem”.

<sup>2</sup> “Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que pode realizar. Por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo, indo-se ao ponto determinado), não mais lá está. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos [...]. Frente à contingência simples atingem-se estruturas estabilizadas de expectativas, mais ou menos imunes a desapontamentos – colocando, as perspectivas de que à noite segue-se o dia, que amanhã a casa ainda estará de pé, que a colheita está garantida, que as crianças crescerão... Frente à dupla contingência necessita-se outras estruturas de expectativas, de construção muito mais complicada e condicionada: as expectativas. [...] O comportamento do outro não pode ser tomado como fato determinado, ele tem que ser expectável em sua seletividade, como seleção entre outras possibilidades do outro. Essa seletividade, porém, é comandada pelas estruturas de expectativas do outro. Para encontrar soluções bem integráveis, confiáveis, é necessário que se possa ter expectativas não só sobre o comportamento, mas sobre as próprias expectativas do outro. Para o controle de uma complexão de interações sociais não é apenas necessário que cada um experimente, mas também que cada um possa ter uma expectativa sobre a expectativa que o outro tem dele. [...] Na área de integração entre esses dois planos é que deve ser localizada a função do normativo – e assim também do direito.”

<sup>3</sup> Em estudo realizado sobre o tema no artigo “O direito dos danos na sociedade das incertezas: a problemática do risco de desenvolvimento no Brasil”, Joyceane Bezerra de Menezes (2013, p.3-4) ensina que “Ao longo da história humana muitos empreendimentos se fizeram sob concreta ameaça de risco. Fossem as atividades de caça e coleta na história primitiva; na antiguidade as guerras em defesa dos territórios ou para expansão do poder político e até mesmo as viagens marítimas com fins colonizadores do século XV, todas envolviam riscos. Mas os riscos até então ameaçavam apenas os sujeitos diretamente envolvidos nesses empreendimentos. [...] Aqui, o risco já passava a ameaçar um número superior de pessoas, estranhas ao processo de produção, mas coparticipes de um mesmo tempo histórico”.

como um risco inevitável e fatal, grande parte justificados pela vontade divina (pestes, tremores de terra, grandes alagamentos)<sup>4</sup>.

Superado esse período, em muito por influência dos cuidados com saneamento, bem como do iluminismo, onde se deslocou o foco da ideia do risco como de origem divina para a razão humana, posto que o homem passou a ser o centro de tudo, o risco então teve uma nova origem, o aprofundamento e disseminação do conhecimento do homem e pelo homem.

Beck (1992, p.23) na busca de imprimir características próprias dos riscos suportados pela sociedade menciona o “boomerang effect”, o qual desconstitui a hierarquização de classe até então existente, na perspectiva de que na sociedade industrial o fator de distribuição de riquezas distinguia as classes entre ricos e pobres, e na sociedade contemporânea os riscos oriundos da intervenção do homem alcança a todos indistintamente, a exemplo dos danos ambientais. A esse fenômeno ele denomina de “democratização”.

Em decorrência dessa constatação é compreensível que a sociedade não trabalhe mais na busca de formas ou soluções preventivas das consequências geradas pelo risco, mas sim avalie como será a distribuição dos danos provocados pelo risco. O autor discorre acerca de outras características dos riscos suportados atualmente, quais sejam: a deslocalização geográfica, pelo que a fluidez do espaço geográfico de ocorrência dos riscos pode ter extensão transfronteiriça, numa dialética entre tempo, espaço e sociedade<sup>5</sup>; a incalculabilidade, tendo em vista a imprevisibilidade da ocorrência dos riscos não se tem como mensurar de maneira exata suas consequências econômicas<sup>6</sup>; a não compensabilidade, introduzindo a ideia de que não é possível compensar de forma adequada as consequências geradas pelo risco.

O aspecto da compensação ou indenização do dano moral traz em si um equívoco semântico, posto que se parte da premissa que indenizar é restituir o patrimônio ao *status quo ante*, aspecto incompatível com o elemento subjetivo, e extrapatrimonial da moral, pelo que se coadunaria em melhor técnica referir-se que este é compensável, e não indenizável como indica o texto constitucional.

E por fim a última característica, qual seja a dimensão cumulativa no tempo, partindo da visão que é inerente ao risco um período de latência no qual não se pode determinar ou pré-determinar um período para que possa ser perceptível ou mesmo venha a acontecer como fato exterior, exteriorizar-se, a exemplo das consequências em humanos da explosão nuclear de Chernobyl, do conhecido episódio da Talidomida e, o famoso caso do *diethylstilbestrol* (DES), administrado para mulheres grávidas.

---

<sup>4</sup> Pois tem-se a ideia de que “Desde que o homem vi-se lançado na história, foi compelido a conviver com o imprevisível; com o acaso; com o aleatório. A natureza, em toda a amplitude e força de seus elementos, deslumbrou e atemorizou o homem pré-histórico, representando uma constante fonte de riscos e ameaças. Esta sensação de impotência do homem diante da natureza foi um dos principais fatores a promover a evolução humana, que tinha como parâmetro a persecução de duas finalidades primitivas, quais sejam: o desenvolvimento de meios para otimizar o atendimento às necessidades básicas e a proteção contra as ameaças à sobrevivência da espécie. (FURTADO e DIAS NETO, 2013, p. 177)

<sup>5</sup>Vem à tona a ideia do limiar do eterno em que Manuel Castells (2012) discorre sobre um tempo intemporal – que caracteriza os espaços de fluxos em contraposição ao tempo biológico - que se caracteriza por lugares físicos – em sua obra busca a analisar o significado social do espaço e do tempo traçando um paralelo entre espaço de lugares x espaço de fluxos.

<sup>6</sup> Marijane Vieira Lisboa (2007, p. 3) em estudo intitulado *A química e a sociedade de Risco* indica “que é típico da sociedade de risco, segundo Beck, é o fato de que esses riscos não sejam riscos naturais, cujos danos nossa ciência ainda não possa prevenir e minimizar, mas sim resultado dessa ciência, de tecnologias desenvolvidas para resolver determinados problemas e melhorar a qualidade de vida, mas que tiveram efeitos colaterais imprevisíveis e impossíveis de serem sanados. [...] Em outras palavras, somos vítimas de nosso extraordinário sucesso técnico.

Martinez-Alier (2006, p. 414) suscita a distinção entre risco e incerteza, já que para ele as consequências ou ameaças produzidas pela ciência e pela tecnologia na sociedade atual deveria ser encarada como uma incerteza, não como um risco, onde o risco é “[...] uma distribuição conhecida da probabilidade, ou, pelo menos, de probabilidades subjetivamente acordadas [...]”, e a incerteza ocorre “[...] quando não sabemos a probabilidade de ocorrência [de um dado perigo]”.

Torna-se evidente que a preocupação com o bem-estar individual se estende agora para a proteção integral da coletividade, posto que os riscos inerentes ao novo perfil social atingem e geram consequências danosas em grandes proporções e sem distinções, sejam geográficas, temporais ou de hierarquia social. Neste mesmo compasso Menezes (2007, p.7-8)<sup>7</sup> justifica o aparecimento da sociedade dos danos.

Por outro lado, para melhor sistematizar o estudo e conhecimento de quais são os riscos que incidem na sociedade contemporânea, necessária a classificação destes, pelo que Guivant (2001, p.98) em análise da obra de Beck aduz que: estão presentes três tipos de ameaças globais, que podem se complementar e acentuar entre si: 1) aqueles conflitos chamados *bads*: a destruição ecológica decorrente do desenvolvimento industrial, como o buraco na camada de ozônio, o efeito estufa e os riscos que traz a engenharia genética para plantas e seres humanos; 2) os riscos diretamente relacionados com a pobreza, vinculando problemas em nível de habitação, alimentação, perda de espécies e da diversidade genética, energia, indústria e população; 3) os riscos decorrentes de NBC (nuclear, biological, chemical), armas de destruição de massas, riscos que aumentam quando vinculados aos fundamentalismos e ao terrorismo privado.

Diante dessa perspectiva global e transnacional da incidência dos riscos na sociedade atual, Beck (1999, p. 108) sugere o aparecimento de organismos ou instituições abertas, transparentes, que informem ao público e alertem as indústrias, de forma que se possa conviver com os riscos da sociedade moderna, em lugar de extingui-los. Necessário a partir daqui indicar como a teoria da responsabilidade civil se acomoda na sociedade de risco.

## 2. A MODIFICAÇÃO DO PERFIL FUNCIONAL NA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A missão de traçar o caminho percorrido pela responsabilidade civil durante sua evolução levou em consideração, neste estudo, as obras de Maria Celina Bodin de Moraes (2003) e Caitlin Sampaio Mulholland (2009), que embasam seus pensamentos na análise das legislações italiana e espanhola, bem como no estudo da construção jurisprudencial brasileira sobre a responsabilidade civil.

A premissa que alicerça a responsabilidade<sup>8</sup> é a de que esta é um pensamento latente, intrínseco, e natural do ser humano, já que “intuitivamente, o ser humano identifica aquelas situações, sejam estritamente sociais, sejam jurídicas, nas quais se estabelece sua responsabilidade

<sup>7</sup> No ambiente de interações e riscos globais, quando se estabeleceu um mercado mundial, onde as comunicações e negociações são realizadas, em tempo real, por meio dos diversos modos de comunicação, dentre eles a *world wide web* e os produtos são elaborados em rede transnacional, pessoas de distintos Estados e/ou sociedades são igualmente interpeladas a discutir e a reagir às consequências resultantes dos problemas em comum. [...] Os danos que se desenvolvem na sociedade técnico-científica têm potencial para ameaçar não apenas o sujeito singular, mas a própria humanidade.

<sup>8</sup> Cristalina fica a percepção individualista da responsabilidade, pelo que buscou em seu momento inicial ter seu foco no ofensor, tomando assim um caráter retributivo. Desta feita a vítima que suporta e sofre o dano fica desamparada. Necessária uma mudança de perspectiva com vistas a perseguir uma forma de reparar a vítima efetivando um ideal de

em relação a determinado resultado derivado de sua atuação” e que a responsabilidade é o instituto limitador da liberdade humana pelo que “a liberdade, então, era a razão mesma da responsabilidade; se não há ato de vontade, não haverá responsabilidade. [...] não se pode transferir a outrem a responsabilidade do dano que se causa.

A dimensão funcional do direito ganha impulso a partir dos séculos XVIII e XIX. A doutrina aponta a obra de Louis Josserand como precursora do movimento de funcionalização. Este autor propõe em síntese que os direitos possuem na gênese uma carga de relatividade, pois se destinam a um preenchimento de um objetivo social. Daí porque esses direitos ou prerrogativas devem passar necessariamente por um processo de funcionalização, pois sendo eles sociais, seja na forma seja no fundo, há uma necessidade de ajuste aos interesses da sociedade que os concebeu.

A nova parametrização da responsabilidade civil retroage e faz emergir a injustiça do dano, a prescindibilidade do ato ilícito para configurar o dano, agora os danos injustamente causados/sofridos são tutelados pela Teoria dos Danos. Nessa esteira Maria Celina Bodin de Moraes (2003) define que o dano será injusto quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida. A qualificação do dano como sendo injusto afastou de sua análise e interpretação a antes necessária investigação da conduta do agente para a conceituação da responsabilidade civil por meio da noção subjetiva do ato ilícito.

Através desse olhar renovado da responsabilidade civil, onde o dano injustamente causado é proveniente da sociedade de risco que atualmente se vivencia, o elemento da culpabilidade perde sua relevância, e o princípio da solidariedade ganha fôlego (PERLINGIERI, 1999)<sup>9</sup>.

Tomando por base que o princípio da solidariedade é de jaez constitucional, e levando em consideração as lições de uma hermenêutica sistêmica do ordenamento jurídico, pode-se pensar a partir de então em um Direito Civil Constitucional, pelo que oportunamente se observa que a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado não passa atualmente de uma forma meramente didática de enxergar a Ciência do Direito<sup>10</sup>.

Retomando o curso da análise da evolução da responsabilidade civil não se pode deixar de expor os elementos configuradores da obrigação de indenizar, esta última vista como o fim a que se pretende a responsabilidade civil, tais elementos são: nexos de causalidade, culpa e risco – já indicados acima – e o dano.

Anteriormente mencionado que o ato de indenizar almeja o retorno ao estado originário, quando não se existia o dano, ou seja, o “desfazimento do dano”, além do que, “sem prejuízo não há dano, e sem dano não há responsabilidade.” (MULHOLLAND, 2009, p. 23). Cabe neste momento pormenorizar o que seja cada um dos elementos da responsabilidade civil e seus desdobramentos para a Teoria dos Danos.

---

justiça distributiva. Este panorama, contudo, muda integralmente quando se retira o foco ou o objetivo da responsabilidade civil deste participante ativo e passa-se a analisar o resultado gerado, e não a conduta propriamente. Em outras palavras, a conduta ofensiva perde relevância ante o dano sofrido. Esta inversão traz como consequência a alteração da perspectiva da responsabilidade civil do ofensor para a ótica da vítima. (MULHOLLAND, 2009, p. 14)

<sup>9</sup> Sobre a visão de solidariedade social, Pietro Perlingieri (1999, p. 1) menciona que “[...] a determinação da relevância e do significado da existência deve ser efetuada como existência no âmbito social, ou seja, como “coexistência””.

<sup>10</sup> O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. (PERLINGIERI, 1999, p. 6)

Para Bittar Filho (2016, p. 02) dano é toda “lesão, ou redução patrimonial, sofrida pelo ofendido, em seu conjunto de valores protegidos no Direito, seja quanto à sua própria pessoa - moral ou fisicamente - seja quanto a seus bens ou a seus direitos”. Fala-se aqui em diante de dano patrimonial e dano moral, o qual nos fixaremos e onde o maior ponto de controvérsia é a de quem responde e de quanto será a indenização pelo dano moral injustamente suportado?

A noção de dano agora se estende ao aspecto humano da moral, de cunho subjetivo, pelo que traz a necessidade de um diálogo com outro princípio constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana, fazendo surgir o que se denomina por novos danos.<sup>11</sup> Este elemento que embasa a responsabilidade civil traz consigo dois grandes problemas que devem ser enfrentados pelo intérprete do Direito, a banalização do dano moral<sup>12</sup> e a (in)possibilidade da aplicação de uma parcela de cunho punitivo<sup>13</sup> na quantificação de sua indenização.

O outro elemento, qual seja a culpa, entra numa vertiginosa obsolescência diante do surgimento do dano injusto, notadamente quando do deslocamento da responsabilidade civil do eixo do ofensor para o eixo da proteção à vítima, sendo necessário verificar tão somente se a conduta gerou um dano. Por derradeiro, o último elemento a compor a responsabilidade civil é o nexo de causalidade<sup>14</sup> que por estabelecer a conjugação entre a conduta (lícita ou ilícita) e o dano acaba por indicar o causador do dano, bem como também serve de baliza para quantificar a almejada indenização.

O novo perfil dado à responsabilidade civil, fazendo alargar seu campo de alcance, na busca de tutelar de forma objetiva aquele que sofre um dano, notadamente se for de forma injusta, importando de forma finalística a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, através de uma compensação é auxiliado pelos novos princípios informadores da responsabilidade civil, quais sejam: o princípio da reparação integral, o princípio da solidariedade social e o princípio da precaução, além claro dos princípios corolários da dignidade, que são: o princípio da igualdade, princípio da integridade psicofísica<sup>15</sup>, princípio da liberdade e princípio da solidariedade.

<sup>11</sup> Liane Tabarelli Zavascki e Matheus Burg de Figueiredo (2015, p. 207) determinam como os novos danos aqueles abrangidos pelo dano moral e passam a discorrer que “[...] por dano moral, segundo Daisy Justa Fernandes Bordon, deve-se entender aquele causado ao patrimônio desmaterializado de uma pessoa, ou seja, aquele resultante de lesões à honra, à paz interior, às crenças, à vida na sua totalidade física e moral, às afeições legítimas, aquele que afeta o âmago do ser.”

<sup>12</sup> “Quando tudo se pode indenizar, passa-se a acreditar que tudo tem seu “preço”, transformando, por essa via, todas as situações jurídicas subjetivas, inclusive as extra-patrimoniais, em situações patrimoniais, sob um certo sentido, na medida em que passíveis de indenização em dinheiro.” (BODIN, 2003, p. 52-53.)

<sup>13</sup> A função punitiva da responsabilidade civil é ainda uma função a ser apreciada. E o meio através do qual esta função é exercitada judicialmente é o estabelecimento de um valor a título de punição do ofensor: o dano punitivo [...] majoritariamente é aceita em nossas cortes a concepção deste dano como contendo um duplo aspecto, compensatório e punitivo. Resta agora analisar como está sendo realizada, além da qualificação, a quantificação da verba a título de dano extrapatrimonial (MULHOLLAND, 2009, p. 29-31).

<sup>14</sup> É o que traduz o pensamento de Caitlin Sampaio Mulholland (2009, p. 55): é a ligação jurídica realizada entre a conduta ou atividade antecedente e o dano, para fins de imputação da obrigação ressarcitória. O nexo de causalidade é ao mesmo tempo o componente da obrigação de indenizar que serve a identificar o responsável por reparar o dano – através do estabelecimento de uma ligação de causa e efeito entre uma conduta ou atividade e o dano que se visa reparar –, e o limitador do *quantum* indenizatório – através da demarcação das verbas indenizáveis.

<sup>15</sup> O princípio da integridade psicofísica já incorporado por nossos tribunais pode ser conceituado conforme decisão exarada pelo TJ-MG - 103470700805980011 MG 1.0347.07.008059-8/001(1) (TJ-MG) Data de publicação: 12/01/2010 Ementa: APELAÇÃO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - INSCRIÇÃO NO SPC - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - CONSUMIDOR - DANO MORAL - INTEGRIDADE PSICOFÍSICA - QUANTIFICAÇÃO - DUPLA FINALIDADE - CORREÇÃO MONETÁRIA - ARTIGO 406 CC/02 - TERMO INICIAL - JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - MAJORAÇÃO. A responsabilidade dos prestadores de serviços é objetiva (art. 14 do CDC), razão pela qual, independentemente da existência de culpa, cabe ao fornecedor reparar os danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços.

A solidariedade é um ponto de intersecção entre aqueles princípios que já constituíam e os que estão a complementar o princípio da dignidade humana seja ele invocado simplesmente enquanto princípio da solidariedade ou chamado de princípio da solidariedade social.

Adotando integralmente o posicionamento de Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 114) que indica que o “[...] solidariedade identifica-se, assim, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados.”, foram estatuídas no artigo 3º, I e III, da Constituição Federal, as idéias que ditam como objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a erradicação da pobreza e da marginalização.

É a partir dessa conjugação, em especial, entre o princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, que se pensa na humanidade como um ser coletivo merecedor da tutela jurídica, nasce então a necessidade de resguardar as consequências danosas, notadamente no âmbito moral, suportado por uma coletividade no âmbito da sociedade de risco.

### 3. O DANO MORAL COLETIVO

Apesar da tutela coletiva de a muito ser admitida no ordenamento pátrio, em especial com o advento das Leis da Ação Popular (Lei 6.513/77) e da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), assim como do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90 – art. 81), não há na jurisprudência, nem na doutrina, uma pacificação acerca da possibilidade ou não da ocorrência de dano moral coletivo<sup>16</sup>, pois é discutível até em que medida pode ser aplicado em determinado caso concreto.

Compondo uma corrente tradicional onde o dano moral ainda necessita de um indivíduo para manifestar os valores de caráter subjetivo, tais como a ideia de dor, sofrimento, melancolia, tem-se Rui Stoco; Teori Albino Zavascki e; Hugo Nigro Mazzilli. Por outro norte outra gama de doutrinadores a exemplo de Yussef Said Cahali, José Rubens Morato Leite, Patryck de Araújo Ayala, Annelise Monteiro Steigleder, notadamente na esfera ambiental, defendem que seja possível o reconhecimento do dano moral em decorrência do atingimento do patrimônio valorativo de uma comunidade, tomando a extensão da transindividualidade. (ZAVASCKI; FIGUEIREDO, 2015, p. 209).<sup>17</sup>

---

O dano moral constitui a lesão à integridade psicofísica da vítima. A integridade psicofísica, por sua vez, é o direito a não sofrer violações em seu corpo ou em aspectos de sua personalidade, aí incluídos a proteção intimidade, a honra, vida privada. Em razão da inserção indevida no SPC, o recorrido teve seu nome veiculado no comércio como inadimplente, fato que violou a honra, aspecto integrante da integridade psicofísica e caracterizador do dano moral. Violada a integridade psicofísica (lesão ao corpo ou à personalidade) resta configurado o dano moral, independentemente da existência de dor ou sofrimento. Estes sentimentos, que nada mais são do que possível consequência do dano moral, passam a ser analisados unicamente no instante da quantificação do valor indenizatório. A reparação moral tem função compensatória e punitiva. A primeira, compensatória, deve ser analisada sob os prismas da extensão do dano e das condições pessoais da vítima. A finalidade punitiva, por sua vez, tem caráter pedagógico e preventivo, pois visa desestimular o ofensor a reiterar a conduta ilícita. [...].

<sup>16</sup> Diante das mudanças que passou (e vem passando) a Teoria dos Danos em decorrência da modificação do seu perfil funcional da responsabilidade civil e a proporção que tomou no âmbito coletivo, surgiu um dilema recorrente, qual seja o de saber se “poderia ser conferida indenização a título extrapatrimonial a uma coletividade em razão da ocorrência de danos [...]”? (ZAVASCKI; FIGUEIREDO, 2015, p. 206).

<sup>17</sup> Nessa esteira menciona-se o Recurso Especial 1.057.274/RS, sob relatoria da Ministra Eliana Calmon, [...] a responsabilidade civil, através de um processo evolutivo doutrinário e jurisprudencial, vem adotando a possibilidade de dano moral coletivo, desvinculando, assim, da ideia de dano moral concebido a apenas um indivíduo. A firmou, ainda, que da mesma forma que se pode conferir dano moral a um indivíduo, poder-se-ia também falar em dano moral coletivo.

Essa extensão da abrangência do dano a uma coletividade<sup>18</sup>, numa verdadeira socialização do dano, é decorrente das mudanças que vertiginosamente vem impactando a sociedade contemporânea, facilmente perceptível pela evolução tecnológica, pela globalização e pelas alterações sociais.

Por ter a ideia de ser um conjunto de pessoas uma das características inerente aos valores coletivamente protegidos é que os valores de uma comunidade são indivisíveis, podendo o dano atingir, no olhar de Francisco José de Oliveira Viana (1955, p. 26-26, *apud* BITTAR FILHO, 2016, p. 07), até mesmo o complexo cultural de uma comunidade. Desse modo o dano extrapatrimonial poderá atingir os valores relativos ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a honra e a dignidade social e/ou nacional. Carlos Alberto Bittar Filho (2016, p. 10) define dano moral coletivo como “[...] injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos [...]”.

Fazendo um desmembramento dos elementos que compõem a relação jurídica obrigacional decorrente do dano moral coletivo tem-se enquanto sujeito ativo – a comunidade, grupo ou coletividade lesada; sujeito passivo – o causador do dano (podendo ser outra comunidade, pessoa física ou jurídica); e o objeto (ou finalidade) – a reparação do dano ( que pode ser pecuniária ou não – a exemplo de fazer ou deixar de fazer algo quando da ocorrência de alguma catástrofe ambiental)<sup>19</sup>.

O dano moral coletivo tem cenário de ocorrência em vários contextos e relações jurídicas, a saber: de esfera ambiental - podendo atingir o equilíbrio ecológico e a qualidade de vida e a saúde da coletividade e do meio ambiente; na esfera da honra – quando mira por exemplo a

<sup>18</sup> Há de se explicar ou delimitar o que seja coletivo: A coletividade - ou comunidade - é "um conglomerado de pessoas que vivem num determinado território, unidas por fatores comuns", ou, ainda, "uma sociedade localizada no espaço, cujos membros cooperam entre si (com divisão de trabalho), seja utilitaristamente (para obter melhores, mais eficientes resultados práticos, reais), seja eticamente (tendo em vista valores humanos - familiares, sociais, jurídicos, religiosos etc.). (BITTAR FILHO, 2016, p. 06).

<sup>19</sup> Oportuno destacar o recente Julgamento do TRF da 2ª Região Agravo de Instrumento - Turma Espec. III - Administrativo e Cível - Proc. n. 0013415-33.2015.4.02.0000 (2015.00.00.013415-1)<sup>19</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR. ACP. REPARAÇÃO POR DANOS AMBIENTAIS E DANOS MORAIS COLETIVOS. BARRAGEM DE FUNDÃO. IBAMA. PROVIDÊNCIAS PRELIMINARES. RESPONSABILIDADE DA SAMARCO. PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR. 1. O IBAMA se insurge contra a decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara Federal Cível de Vitória/SJES, que, nos autos da Medida Cautelar à Ação Civil Pública de reparação por danos ambientais e danos morais coletivos, ajuizada pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público Estadual em face de Samarco Mineração S/A (Samarco), Agência Nacional de Águas (ANA), Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA e Instituto Estadual do Meio Ambiente e Recursos Hídricos (IEMA), deferiu o pedido de antecipação liminar dos efeitos da medida cautelar, determinando, de forma solidária, a adoção de diversas medidas, como “identificar e promover, antes da passagem da onda de sedimentos pelo Rio Doce pelo município de Linhares/ES, o resgate da fauna que poderá ser comprometida com a presença desses sedimentos tanto na água do rio como do mar nas proximidades de sua foz”. 2. Tais medidas se inserem como preparatórias para a aferição da responsabilidade civil daquele que é considerado o maior desastre ambiental ocorrido no Brasil, o rompimento da barragem de Fundão, no dia 5 de novembro de 2015, destruindo o distrito de Bento Rodrigues, em Mariana, e afetando várias outras localidades, além das cidades de Barra Longa e Rio Doce. 3. O Meio Ambiente, desde a primeira Conferência Internacional de Meio Ambiente, realizada no ano de 1972 em Estocolmo, passou a ser reconhecido como um direito fundamental de natureza difusa, com titularidade estendida, abrangendo não apenas a presente geração, como as futuras [...].

O dano moral coletivo na sociedade de risco: uma análise de sua funcionalidade no meio ambiente do trabalho

comunidade negra, judaica, ou qualquer outro grupo visto como vulnerável; na esfera do patrimônio histórico<sup>20</sup>; na esfera consumerista<sup>21</sup> e, na esfera trabalhista. Quanto a esta última o próprio legislador reformista em 2017, por meio da Lei 13.467, inseriu no texto celetista o art. 223-B e 223-D, estendendo o dano patrimonial também à pessoa jurídica, que por si só já é compreendido como um ser coletivo.

### 3.1. Dano moral coletivo e o meio ambiente do trabalho

Parte-se do pressuposto que o dano moral coletivo ocorre por agressão ao meio ambiente do trabalho e decorre da aplicação e por isso mesmo é fundamentado pelos princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana.

Tem-se no direito trabalhista<sup>22</sup> uma razão natural de existir, posto que a associação sindical, própria do Direito Laboral tem a solidariedade também como elemento fundante, bem como a determinação constitucional que preconiza o valor social do trabalho como indicativo do Estado Democrático de Direito e o dever de proteger e preservar o meio ambiente para a presente e para as gerações futuras (art. 225, CF/88), aqui incluído o meio ambiente do trabalho<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> A exemplo do posicionamento do STJ no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL No 678.560 - MG (2015/0057728-0): “AÇÃO CIVIL PÚBLICA - FURTO - IMAGEM NOSSA SENHORA DO ROSÁRIO - AUTORIA ATRIBUÍDA A ALEIJADINHO - IMAGEM ENCONTRADA EM PODER DE COLECIONADOR - BUSCA E APREENSÃO - NEGATIVA EM DEVOLVER - DANOS MORAIS COLETIVOS CONFIGURADOS - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ CONFIGURADA - SENTENÇA CONFIRMADA. A indenização por dano moral, deve levar em consideração a condição econômica do infrator e a gravidade da falta cometida. Nosso sistema jurídico admite a existência de danos morais coletivos, configurados nos dissabores e prejuízos causados à coletividade em razão de ato ilícito praticado pelo apelante, que causou desalentos e consternações à comunidade em face do patrimônio histórico, que restou arranhado com o ato ilícito que acarretou a retirada de obra de Aleijadinho do acervo municipal por longo período de tempo. [...]”

<sup>21</sup> Lembre-se aqui o caso paradigmático do RECURSO ESPECIAL No 866.636 - SP (2006/0104394-9)- EMENTA: Civil e processo civil. Recurso especial. Ação civil pública proposta pelo PROCON e pelo Estado de São Paulo. Anticoncepcional Microflar. Acontecimentos que se notabilizaram como o 'caso das pílulas de farinha'. Cartelas de comprimidos sem princípio ativo, utilizadas para teste de maquinário, que acabaram atingindo consumidoras e não impediram a gravidez indesejada. Pedido de condenação genérica, permitindo futura liquidação individual por parte das consumidoras lesadas. Discussão vinculada à necessidade de respeito à segurança do consumidor, ao direito de informação e à compensação pelos danos morais sofridos. - Nos termos de precedentes, associações possuem legitimidade ativa para propositura de ação relativa a direitos individuais homogêneos.<sup>[1]</sup> Como o mesmo fato pode ensejar ofensa tanto a direitos difusos, quanto a coletivos e individuais, dependendo apenas da ótica com que se examina a questão, não há qualquer estranheza em se ter uma ação civil pública concomitante com ações individuais, quando perfeitamente delimitadas as matérias cognitivas em cada hipótese. [...]

<sup>22</sup> Desta feita justifica-se a possibilidade de aplicação da responsabilização do dano extrapatrimonial no Direito do Trabalho por inexistência de incompatibilidade com os princípios trabalhistas, já analisado por Romita (2007, p. 79): A questão do dano extrapatrimonial no âmbito das relações de trabalho tem constituído objeto de estudos doutrinários e as controvérsias por ela suscitadas vêm sendo dirimidas pelos tribunais do trabalho à luz de noções hauridas nos arraisais do direito civil, que encontra no campo do direito do trabalho esplêndida oportunidade de plena aplicação, ante a lacuna da legislação específica (trabalhista) e a inexistência de incompatibilidade com os princípios fundamentais do mesmo direito do trabalho [...] porque ambos os ramos do direito em questão deitam raízes, no que tange ao tema em foco, no princípio geral que exalta o valor da dignidade da pessoa humana, projetado, no direito do trabalho, naquilo que vejo como um dos princípios específicos da disciplina, qual seja, a dignidade da pessoa humana do trabalhador, lastreado no preceito constitucional que indica o valor social do trabalho como um dos fundamentos do Estado democrático de direito (art. 1º, IV).

<sup>23</sup> Segundo Cabral (2016, p. 198) “Discute-se o meio ambiente do trabalho ecologicamente equilibrado quando se debatem as questões do trabalho em condições de periculosidade, insalubridade e penosidade (art. 7º, XXIII, da Constituição; arts. 189 usque 197, da CLT; Lei 7.369/1985), como também em temas de acidentes do trabalho (art. 7º, XXVIII, da Constituição; arts. 19 e 21 da Lei 8.213/1991) e entidades mórbidas equivalentes (art. 20, I e II, da Lei 8.213/1991) e, em geral, riscos inerentes ao trabalho e tutela da saúde, da higiene e da *segurança* no trabalho (art. 7º, XXII, da Constituição e arts. 54 usque 201, da CLT).”

Pelo norte do princípio da dignidade da pessoa humana tem-se que a proteção conferida ao meio ambiente o elevou a categoria de direito fundamental como insculpido no texto constitucional e passa a ser elemento basilar para o mínimo da existência humana, existência esta na qual o trabalho é elemento essencial.

Superada a compatibilidade principiológica vê-se no próprio texto constitucional uma inclinação para que a Justiça especializada trabalhista cuide de processar e julgar as ações de indenização decorrentes da relação de trabalho a par do art. 114, IV, CF, inserido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, não fazendo distinção entre dano patrimonial ou extrapatrimonial.

O Relatório Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), publicado em 2016 (ano-base 2015) informa que dentre os assuntos mais demandados na Justiça do Trabalho, nesse período, tramitaram aproximadamente 704.345 mil processos acerca da Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral, sendo que, dentre eles, 69.362 mil processos no 2º grau e 634.983 mil processos demandados no 1º grau (varas), pelo que está em segundo lugar dentre os dez assuntos mais recorrentes na Justiça do trabalho. Os processos versam desde assédio sexual e/ou moral<sup>24</sup>, revista íntima, até a nocividade da atividade exercida em relação à saúde e à segurança de empregados, lesão ao meio ambiente do trabalho, trabalho escravo, exploração do trabalho da criança e do adolescente e o mais recente dano existencial<sup>25</sup>.

Na seara trabalhista impende destacar o pedido de dano moral coletivo proposto pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) na Ação Civil Pública (ACP), ajuizada em 2005, a qual questionava o fato de a empresa contratar trabalhadores para cumprir jornada semanal que poderia variar entre oito e 44 horas, e de duas a oito horas diárias, com remuneração de acordo com as horas trabalhadas, denominada de jornada móvel variável. Para o MPT, a prática é ilegal e lesiva ao trabalhador, pois o sujeita ao arbítrio do empregador e o impede de programar sua vida profissional, familiar e social, por não ter certeza do horário de trabalho nem da remuneração mensal.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Também chamado “*mobbing*” ou “terror psicológico no trabalho” são sinônimos destinados a definir a violência pessoal, moral e psicológica, vertical, horizontal ou ascendente no ambiente laboral.

<sup>25</sup> O ministro Vieira de Mello Filho se manifestou no RR n. 523-56.2012.5.04.0292 que: “o dano existencial é diferente do dano moral. “O primeiro é um conceito jurídico oriundo do Direito civil italiano e relativamente recente, que pretende uma forma de proteção à pessoa que transcende os limites classicamente colocados para a noção de dano moral”, observou. Os danos, nesse caso, se refletem não apenas no âmbito moral e físico, mas comprometem também suas relações com terceiros. Na doutrina trabalhista, o conceito tem sido aplicado às relações de trabalho no caso de violações de direitos e limites inerentes ao contrato de trabalho que implicam, além de danos materiais ou morais, danos ao seu projeto de vida ou à chamada “vida de relações”.

<sup>26</sup> Em 2011, ao avaliar o recurso de revista do MPT (RR - 9891900-16.2005.5.09.0004), a Oitava Turma do TST, apesar de reconhecer que não há vedação expressa à chamada jornada móvel e variável, considerou a cláusula prejudicial ao trabalhador, e determinou à empresa que a substituísse por jornada fixa em todas as suas lojas, com o pagamento do salário mínimo profissional independentemente do número de horas trabalhadas. A rede de lanchonetes apresentou, então, recurso de embargos à SDI-1. Antes do julgamento, porém, comunicou a celebração de acordo de abrangência nacional com o MPT abolindo as contratações por jornada móvel. Assim, os embargos foram analisados apenas na parte relativa ao pagamento do salário integral da categoria. No acordo celebrado a cláusula 12º DANO MORAL COLETIVO, ressalvado o fato da empresa não reconhecer o dano moral, com a finalidade de por fim ao litígio concordou em pagar a quantia de R\$7.500.000,00 (sete milhões e quinhentos mil reais), dos quais R\$6.000.000,00 (seis milhões se destinam a ação nacional de comunicação a ser definida pelo Ministério Público do Trabalho, tendo como objeto a defesa dos direitos do trabalhador, e R\$1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) aos estados de Pernambuco, Rio de Janeiro e Paraná, locais onde estão em curso outras Ações Cíveis Públicas, à razão de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) para cada estado. A quantia abrangeu a quitação de indenizações por eventual dano moral decorrente dos pedidos que subsistirão.

Antes do julgamento da ACP, a empresa porém, comunicou a celebração de acordo de abrangência nacional com o MPT abolindo as contratações por jornada móvel. Assim, os embarcos foram analisados apenas na parte relativa ao pagamento do salário integral da categoria, prejudicando a análise do pedido de dano moral coletivo.

Por este exemplo da jornada móvel demonstra-se que nem todos os danos suportados pelos trabalhadores, apesar de coletivos, são em decorrência de fatores provocados pela sociedade de risco, haja vista que a aplicação de uma jornada ilegal torna previsível o dano a ser provocado.

Necessário neste ponto indicar que a responsabilidade civil objetiva em decorrência da atividade de risco<sup>27</sup>, como determinada no texto legal do art. 927<sup>28</sup>, do Código Civil brasileiro, também não se enquadra no dano provocado pela sociedade de risco, posto que a natureza da atividade já é potencialmente perigosa, sendo, portanto, também previsível através da probabilidade. Ressalte-se oportunamente que em recente julgamento os ministros do STF, por maioria de votos, entenderam que é constitucional a imputação da responsabilidade civil objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho em atividades de risco, cuja tese de repercussão geral foi definida no RE n. 828040.

Distingue-se, oportunamente, risco e perigo, “há risco quando se supõe a existência de incerteza quanto a danos futuros – o dano provável é consequência da ação e está pressuposto a consciência deste dano. Há perigo quando o dano é atribuído à causas externas, que não se pode controlar” (LUHMANN, 1992, p. 37, *apud* CABRAL, 2016, p.176).

Ressalte-se que o dano aqui analisado é aquele consequente da sociedade de risco, de modo reflexivo, onde a “sociedade moderna semeia as causas de sua própria destruição”<sup>29</sup>, de forma inconsciente, por não saber ou não prever as consequências negativas delas provenientes.

Além do mais são desmembramentos do que se entende por meio ambiente, o meio ambiente do trabalho, o meio ambiente artificial e o meio ambiente cultural” (CABRAL, 2016, p. 199). Sendo o meio ambiente do trabalho o local onde “o indivíduo passa a maior parte de sua vida útil” sofre influências positivas e negativas e sua existência e em “seu estilo de vida, seja

---

<sup>27</sup> Para ilustrar esta perspectiva tem-se os julgados: EMENTA: RECURSO DE REVISTA - DANOS MORAIS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – ATIVIDADE DE RISCO. Aplica-se a responsabilidade civil objetiva quando a atividade do trabalhador é de risco, como no caso dos autos, em que o Autor era vigilante de carro-forte e foi alvejado durante tentativa de assalto. Precedentes da SBDI-I. Recurso de Revista não conhecido (Processo TST- RR-400-16.2008.5.03.0134; 09/02/2011, MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI, Ministra Relatora). E outro julgado também nessa esteira: EMENTA: “DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. ACIDENTE DO TRABALHO. 1. O novo Código Civil Brasileiro manteve, como regra, a teoria da responsabilidade civil subjetiva, calcada na culpa. Inovando, porém, em relação ao Código Civil de 1916, ampliou as hipóteses de responsabilidade civil objetiva, acrescentando aquela fundada no risco da atividade empresarial, consoante previsão inserta no parágrafo único do artigo 927. Tal acréscimo apenas veio a coroar o entendimento de que os danos sofridos pelo trabalhador, decorrentes de acidente do trabalho, conduzem à responsabilidade objetiva do empregador. 2. A atividade desenvolvida pelo reclamante - teste de pneus - por sua natureza, gera risco para o trabalhador, podendo a qualquer momento o obreiro vir a lesionar-se, o que autoriza a aplicação da teoria objetiva, assim como o fato de o dano sofrido pelo reclamante decorrer de acidente de trabalho. Inquestionável, em situações tais, a responsabilidade objetiva do Empregador” (Processo TST - RR - 422/2004-011-05-00; Primeira Turma; DJ - 20/03/2009; Rel. Min. Lélío Bentes Corrêa).

<sup>28</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

<sup>29</sup> “Não se trata mais, portanto, ou não se trata mais exclusivamente de uma utilização econômica da natureza para libertar as pessoas de sujeições tradicionais, mas também e, sobretudo, de problemas decorrentes do próprio desenvolvimento técnico-econômico. O processo de modernização torna-se “reflexivo”, convertendo-se a si mesmo em tema e problema”. BECK, Ulrich. 1992., p.24.

nas condições de saúde, interferindo na sua aparência e estilo de vida, podendo até mesmo determinar a forma de sua morte” (BRASIL, 2016).

O avanço tecnológico e o progresso da ciência fez, e faz, surgir substâncias ou mesmo situações em que o trabalhador torna-se o ator coadjuvante, em um cenário que ele manipula ou vivencia momentos nos quais não se pode prever ou determinar suas consequências, levando tardiamente a danos em sua saúde e consequências negativas em sua vida<sup>30</sup>.

Surge agora a necessidade de uma proteção rígida do direito à saúde e à vida do trabalhador que por sua vez é conseguida por meio da preservação e tutela de um meio ambiente do trabalho<sup>31</sup> saudável e seguro.

Entende-se como meio de ambiente do trabalho saudável e seguro aquele que deve proporcionar condições ideais para que o trabalhador desenvolva seu *mister* sem alterações, presentes e futuras, de sua saúde física e mental, pois o homem passa a maior parte da sua vida útil no trabalho, exatamente no período da plenitude de suas forças. Daí por que o trabalho, frequentemente, determina o seu estilo de vida, influencia nas condições de saúde, interfere na aparência e apresentação pessoal e até determina, muitas vezes, a forma da morte.

Com o passar do tempo e o acúmulo da experiência, a legislação vem atuando para garantir o ambiente de trabalho saudável e seguro, de modo a assegurar que o exercício do trabalho não prejudique outros direitos humanos fundamentais: o direito à saúde, complemento inseparável do também tutelado direito à vida. As preocupações ecológicas avançam para também preservar o homem enquanto trabalhador. (OLIVEIRA, 2011, p. 142).

Depreende-se que a sociedade de risco também gera consequências devastadoras no meio ambiente laboral em especial no que concerne à saúde e segurança do trabalhador, posto que doenças ocasionadas, pela manipulação ou pela exposição a produtos ou situações que apenas em tempo futuro podem vir a surgir, os chamados perigos “invisíveis ou imprevisíveis”<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Por oportuno registre-se que os danos provocados por doenças desenvolvidas no meio ambiente do trabalho a que se discute nesse estudo são as decorrentes de uma sociedade de risco e, portanto, difere-se das doenças profissionais e das doenças do trabalho, já delimitadas previamente no art. 20 incisos I e II, respectivamente, da Lei n. 8.213/1991 como: “I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social; II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relaciona diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.” Pelo que aquela é entendida como acidente de trabalho, pelo que não se crê seja a melhor classificação (“§ 2º Em caso excepcional, constatando-se que a doença não incluída na relação prevista nos incisos I e II deste artigo resultou das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente, a Previdência Social deve considerá-la acidente do trabalho.”)

<sup>31</sup> Partindo do pressuposto que a sociedade de risco se espalha de modo difuso e por conseguinte atinge também ao meio ambiente, e de forma pontual o meio ambiente do trabalho, pode gerar danos a uma coletividade. Da forma como se apresenta, ela está em todo o lugar, em todos os segmentos da sociedade, ela é a única sociedade que se tem na atualidade, pelo simples fato de ser sociedade, ou seja, de contar com a presença do ser humano. Todos os ambientes em que o homem está inserido, disposto a tomar decisões em prol do desenvolvimento/crescimento econômico, compõem a sociedade mundial do risco, porque tal elemento será admitido (ou negado veementemente, segundo os catastrofistas) por ser encarado como uma oportunidade ou estratégia de mercado (ainda que os riscos não se alastrem apenas em ambientes de concorrência acirrada), sendo por isso que o meio ambiente laboral tornou-se um dos principais concentradores de riscos. (ZIMMERMANN, 2012, p.33-34.)

<sup>32</sup> Para usar uma expressão de Emanuel Teófilo Furtado e Pedro Miron de Vasconcelos Dias Neto (2013, p. 193) que sobre este assunto indica que: “Portanto, os riscos presentes no meio ambiente do trabalho também são reflexos da chamada sociedade mundial do risco, qual seja a sociedade da insegurança e do medo, por vezes, diante de perigos invisíveis e imprevisíveis. Neste sentido, como os riscos estão agregados às decisões humanas, o meio ambiente laboral torna-se um espaço “privilegiado” à ocorrência daqueles, pois se trata de habitat eminentemente humanizado na figura do cidadão- trabalhador.”

A saúde e a segurança são componentes da dignidade da pessoa humana e todos são de índole extrapatrimonial, podendo atingir um número indeterminado de trabalhadores que passaram por uma mesma situação não previsível, consubstancia-se o dano moral coletivo trabalhista em decorrência de uma sociedade de risco<sup>33</sup>. A exemplo tem-se o desabamento em 2013 de um prédio de três andares onde funcionava uma fábrica de tecidos em Bangladesh. A tragédia ocorreu na capital Dhaka e morreram pelo menos 377 pessoas que ali trabalhavam. Em sua história recente o Brasil contribui negativamente para a materialização do dano moral coletivo no meio ambiente do trabalho com as mortes de trabalhadores diretos e terceirizados no rompimento da barragem de Brumadinho, em janeiro de 2019 em Minas Gerais, onde ainda não se tem o número final de trabalhadores mortos, mas chegam a mais de 200.

---

<sup>33</sup> De forma vanguardista em 2007 o Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul reconheceu o dano moral coletivo por consequências imprevisíveis do meio ambiente do trabalho: “Danos materiais, estéticos e morais. Acidente do trabalho. Doença ocupacional. Preservação de madeiras para fabricação de postes usados em energia elétrica. Exposição do trabalhador a produtos químicos por duas décadas. Prescrição afastada. Contagem do prazo prescricional a partir do reconhecimento da existência do nexo causal entre a atividade desenvolvida e o acometimento da moléstia. Não-fornecimento de EPIs. Responsabilidade objetiva do empregador. Pensão vitalícia devida. Indenizações por alterações morfológicas no corpo e pelo sofrimento da vítima, distinguíveis e cumuláveis. Despesas médicas. Ausência de comprovação. Ressarcimento indevido. Arts. 21-A e 121, ambos da Lei nº 8.213/91; arts. 186, 927, 949 e 950, todos do Código Civil; art. 5º, incisos V e X, e art. 7º, inciso XXIX, ambos da Constituição Federal. (TRT 4ª Região, 1ª Turma. Relatora a Exma. Juíza Maria Helena Mallmann. Processo nº 00366-2005-761-04-00-7 RO. Publicação em 05.02.2007) [...] 1.3. Da contaminação do meio ambiente de trabalho e a repercussão individual. Da doença em estado de latência. Do direito à reparação. Da responsabilidade objetiva por dano ambiental. Mesmo que em um raciocínio hipotético não se considerasse suficientemente provada a ligação das afecções do autor com a contaminação oriunda do meio ambiente do trabalho, a condenação se justifica sob outros argumentos. Para que não reste dúvidas acerca da presença de todos os elementos hábeis a gerar o direito à reparação, ainda, em sede de nexo da causalidade - mas já traçando o caminho que leva também ao fundamento da responsabilidade civil de natureza objetiva em virtude da contaminação ambiental - a questão merece exame sob outras premissas fáticas e jurídicas, de acordo com o que se exige da justiça contemporânea, que necessita obter respostas jurídicas adequadas e consentâneas às demandas resultantes de novos padrões de comportamentos nocivos, dos quais é exemplo a contaminação do meio ambiente e suas consequências nocivas às pessoas que vivem na comunidade envolvida. No caso, trata-se da contaminação do meio ambiente de trabalho e suas consequências na pessoa do trabalhador, consequências essas que em várias situações de contaminação não resultam em repercussão patológica imediata, mas emergem progressivamente no tempo, transformando o indivíduo antes saudável (mas contaminado) em doente. Quer dizer, uma vez contaminado, a possibilidade de doença passa a ser real. Uma realidade que depende da conjugação e vários fatores, inclusive, a predisposição genética e principalmente a intensidade dessa contaminação. E esta realidade tem repercussões jurídicas, uma vez que é consabido que a contaminação, por si só, do meio ambiente de trabalho é fato gerador de danos (o dano moral genérico, ou coletivo), cuja reparação o poder judiciário trabalhista tem concedido na forma da Lei da Ação Civil Pública. Da mesma forma que no denominado dano moral coletivo, ligado aos interesses difusos, aqueles em que há indeterminação das vítimas, se faz por meio da Ação Civil Coletiva a defesa dos interesses individuais homogêneos, quando as vítimas são individuadas e a lesão ao direito detém uma origem comum. [...] Observe-se que não foi por acaso que se sublinhou a expressão pessoas que sofreram exposição à contaminação, isso porque, basta a mera exposição para que se tenha configurado o dano. É que o estado potencial de doença é reconhecido pelo direito e enseja reparação. A doença pode não se manifestar imediatamente, mas isso não retira do sujeito exposto à contaminação ambiental, a violação ao seu direito à saúde e à vida. [...] Portanto, além de toda a sorte de agentes químicos aos quais ao autor esteve diretamente exposto, ainda sofreu com a contaminação do ambiente de trabalho, fato, aliás, reconhecido em depoimento pessoal do preposto da empresa. Portanto, ainda que se desconsiderasse todos os elementos de prova mencionados no item anterior e se reputasse não haver comprovação de que qualquer das afecções que acometeram ao reclamante estivessem ligadas à exposição aos agentes químicos relacionados à sua atividade, justifica-se a condenação sob o fundamento de que o autor foi vítima incontestada da contaminação ambiental. [...] Em conclusão, trata-se de se considerar a contaminação do meio ambiente do trabalho, *ipso facto*, geradora de danos, independente de se estabelecer ter havido ou não início da doença. Ordem de danos, repita-se, cuja reparação se faz necessária, não só com a configuração de dano moral coletivo - como ocorre em pleitos do Ministério Público do Trabalho atendidos em sede de ação civil pública - mas também com a reparação do dano individualmente considerado, em virtude do estado potencial de contaminação e possibilidade de doença.

## CONCLUSÃO

Em qualquer atividade realizada pelo homem, surge a necessidade de responsabilizá-lo pelos atos praticados, seja no exercício de uma simples atividade de consciência, seja atuando frente ao Estado a que pertence. Isso decorre dos registros históricos que apontam o surgimento da responsabilidade com o próprio nascimento da civilização.

Atualmente, a responsabilidade civil passa por um processo de despersonalização em face das novas situações subjetivas, dentre as quais a necessidade da reparação dos danos morais coletivos. Diante de atos que atingem a sociedade como um todo, tendo em vista a dimensão coletiva da dignidade humana, avança-se no sentido da superação do modelo fundado em parâmetros individualistas e patrimonialistas.

O dano moral ou extrapatrimonial consiste na lesão injusta e relevante ocasionada a interesses não materiais, porém concebidos pelo ordenamento como valores e bens jurídicos protegidos. São eles integrantes da personalidade do ser humano, abrangendo todas as áreas de extensão e tutela da sua dignidade, podendo também alcançar os valores e bens extrapatrimoniais reconhecidos pelo sistema legal à pessoa jurídica ou à coletividade de pessoas.

Desta feita a indagação inicial se seria possível a existência de um dano moral coletivo, se confirma quando do surgimento da sociedade de risco, posto que encontra um cenário propício ao seu aparecimento, a exemplo dos danos ambientais e aqueles relativos a indústria farmacêutica, que podem ter consequências intergeracionais, bem como aqueles relativos ao consumidor, diante das frequentes convocações para recall dos produtos. A seara trabalhista não poderia deixar de sofrer influências da teoria dos danos e da sociedade global de risco, visto que o direito de associação sindical naturalmente traz o aspecto coletivo aos trabalhadores e estes por sua vez não estão isentos do risco inerente à nossa atual sociedade reflexiva<sup>34</sup>.

Constata-se que o dano moral coletivo trabalhista existe em decorrência da sociedade de risco e que atinge em especial o meio ambiente do trabalho e por conseguinte a saúde e a segurança do trabalhador, consignam também inquietações que poderão ser aprofundadas de modo a permitir que essa sistematização possa suscitar o debate do direito ambiental do trabalho como um instrumento de redução das complexidades e estabilização de expectativas, servindo especialmente como mecanismo de proteção à saúde e segurança do trabalhador.

Outros desafios se anunciam, qual seja, em especial, o embasamento teórico da teoria da responsabilidade quando o dano é injustamente suportado por uma coletividade no meio ambiente do trabalho, haja vista o instituto ser tratado de forma diferenciada pelos Tribunais pátrios, bem como a quantificação desse dano, posto que não se tem previsibilidade de quantos irão dele padecer. Ademais, pelo fato de o homem passar boa parte de sua vida útil no meio ambiente do trabalho, no exercício de suas atividades profissionais, os riscos ambientais do trabalho constituem-se frequentes na seara da sociedade mundial de risco, surgindo a necessidade de uma Teoria do Direito Ambiental do Trabalho.

<sup>34</sup> Ângelo Antônio Cabral (2016, p. 191) em análise da obra de Russel Mokiber (Crimes Corporativos: o poder das grandes empresas e o abuso da confiança pública. Tradução de James Cook. São Paulo: Página Aberta, 1995) e de Moisés Naím (Ilícito: o ataque da pirataria, da lavagem de dinheiro e do tráfico à economia global. Tradução de Sérgio Lopes. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006) relata inúmeros casos de condutas danosas que afetaram a vida de milhões de trabalhadores entre elas o fato ocorrido “Na fábrica da Dow Chemical em Magnolia, Arkansas, 62 dos 86 empregador testados estavam estéreis ou tinham contagem espermática muito baixa [...] Na fábrica da Shell do Alabama, a esterilidade foi confirmada em operários” que manuseavam o D1. Bromo. Cloro. Propano – DBCP, substância produzida pela Shell e pela Dow até 1977 [...] “

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JR., Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coord.). **O Código Civil e sua interdisciplinariedade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução de Maria Amélia Augusto. Oeiras: Celta Editora, 2000.

BECK, U. **Risk society. Towards a new modernity**. Londres: Sage Publications, 1992.

BECK, U. **World risk society**. Cambridge: Polity Press, 1999.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6183>>. Acesso em: 07.09.2016.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 29, p. 233 a 258, jul./dez. 2006.

BRASIL. **Justiça em Números 2016** - Infográficos: ano-base 2015/ Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016.

CABRAL, Ângelo Antônio. **Direito ambiental do trabalho na sociedade do risco**. Curitiba: Juruá, 2016.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 6ª edição, São Paulo, ed. Paz e Terra, 2012.

FURTADO, Emanuel Teófilo; DIAS NETO, Pedro Miron de Vasconcelos. **A sociedade de risco e a necessidade de distribuição dos ônus ambientais sob o aspecto do meio ambiente do trabalho e do mínimo ecológico-sustentável**. In: CONPEDI/UNICURITIBA; coordenadores: Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches, Carlos André Bimfeld, Luiz Ernani Bonesso de Araujo. – Florianópolis :FUNJAB, p. 175-199, 2013.

GUIVANT, Julia S.. **A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck**: entre o diagnóstico e a profecia Estudos Sociedade e Agricultura, 16, abril 2001: 95-112. Disponível em: <http://r1.ufrrj.br/esa/V2/ojs/index.php/esa/article/download/188/184>. Acesso em: 21.11.2016.

LISBOA, Marijane Vieira. A química e a Sociedade de Risco. **InterfaceHS – Revista de Gestão Integrada em Saúde do Trabalho e Meio Ambiente**, v. 2, n. 4, Artigo 2, ago 2007. Disponível em: [http://www.interfacehs.sp.senac.br/br/artigos.asp?ed=4&cod\\_artigo=70](http://www.interfacehs.sp.senac.br/br/artigos.asp?ed=4&cod_artigo=70). Acesso em: 03.12.2016.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. Volumes I.

MARTINEZ-ALIER, Joan. Conflitos de distribuição ecológica num contexto de incerteza. In **Razão, Tempo e Tecnologia** – Estudos em Homenagem a Herminio Martins, Lisboa, ICS, 2006.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito dos danos na sociedade das incertezas: a problemática do risco de desenvolvimento no Brasil. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <http://civilistica.com/direito-dos-danos/>. Data de acesso: 02.11.2016.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Trad. de Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ROMITA, Arion Sayão. **Dano Moral Coletivo**. Brasília: Revista do TST, vol. 73, n. 2, p. 79-87, abr./jun. 2007.

ZAVASCKI, Liane Tabarelli; FIGUEIREDO, Matheus Burg de. Possibilidade de dano moral coletivo em matéria ambiental: divergências doutrinárias e jurisprudenciais. **Direito & Justiça**, n. 2, , p. 205-213. Rio Grande do Sul, jul.-dez.2015.

ZIMMERMANN, Cirlene Luiza. **A ação regressiva acidentária como instrumento de tutela do meio ambiente de trabalho**. São Paulo, LTr, 2012.

Recebido em: 24 mar. 2019.

Aceito em: 19 jan. 2020.



# PROVEDORES DE SERVIÇOS DE INTERNET: A RESPONSABILIDADE CIVIL SOB A ÓTICA REFLEXIVA FILOSÓFICA DE HANS JONAS E DA LEGISLAÇÃO DO MARCO CIVIL DA INTERNET (LEI N. 12.965/2014)

**Bárbara De Bonis**

Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas  
Unidas (FMU), São Paulo  
barbarabonis@gmail.com

**Ricardo Libel Waldman**

Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas  
Unidas (FMU), São Paulo  
ricardo.waldman@fmu.br

**RESUMO:** A revolução tecnológica modificou a estrutura social, política, econômica e cultural, trazendo desafios e uma nova realidade, emergindo, assim, a Sociedade da Informação. O Direito e seus institutos não poderiam ficar estanques ou estagnados a notável evolução, diante desse fato, com o crescente uso da Internet grandes questões jurídicas se perfizeram em razão da alta complexidade do tema. O instituto da Responsabilidade Civil aponta um norte quanto à responsabilização no âmbito da Internet, principalmente, no que concerne aos provedores de serviço de Internet. Desta forma, o intuito do Direito, por meio de uma interpretação sistemática é assegurar que a tecnologia, informação e conhecimento sejam utilizados e sempre empregados em prol da humanidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Provedores de Serviços de Internet. Responsabilidade Civil. Hans Jonas. Análise Filosófica. Marco Civil da Internet. Sociedade da Informação.

*Internet service providers: civil responsibility under the reflective philosophical view of Hans Jonas and the legislation of the internet civil framework (law n. 12.965/2014)*

**ABSTRACT:** The technological revolution has modified the social, political, economic and cultural structure, bringing challenges and a new reality, thus emerging the Information Society. The Law and its institutes could not be stagnant or indifferent to the remarkable evolution, in view of this fact, with the increasing use of the Internet great legal issues developed due to the high complexity of the subject. The Civil Liability Institute points a direction to Internet accountability, especially with regard to ISPs. The aim of law, through a systematic interpretation of norms, is to ensure that technology, information and knowledge are used and always used for the benefit of humanity.

**KEYWORDS:** Internet Service Providers. Civil Responsibility. Hans Jonas. Philosophical Analysis. Civil Internet Framework. Information Society.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo possui a finalidade analisar a responsabilidade civil dos provedores de acesso sob a ótica da Lei do Marco Civil da Internet e da Lei de Proteção de Dados na sociedade da informação sob a matriz sociológica de seu desenvolvimento.

Atrelado à análise filosófica será realizada a reflexão da responsabilidade civil sob a ótica de Hans Jonas, bem como a análise da teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck e da teoria de *Surveillance*.

Importante analisar o desenvolvimento da internet juntamente com o direito na sociedade da informação diante da expansão crescente das temáticas existentes dentro dessa nova sociedade digital. Evidentemente que a nova estrutura de sociedade traz novos desafios ao direito, bem como novas possibilidades de litígios a serem analisadas no qual incidem a responsabilidade ao agente infrator.

Isto posto se faz uma reflexão da responsabilidade civil sob a ótica de Hans Jonas o precursor do princípio ético da heurística do temor que pode fundamentar um dever do detentor da informação ou do conhecimento de agir com precaução nas novas descobertas em prol da proteção da sociedade.

Nesse sentido, aquele que é detentor do conhecimento deve ter responsabilidade ética e jurídica para com as gerações e civilizações futuras para que suas implementações não venham a causar consequências irreparáveis na sociedade como todo.

É inquestionável que o desenvolvimento tecnológico dentro da sociedade da informação a cada dia se inova e se altera alcançando patamares nunca antes conhecidos, de forma que, a responsabilidade civil deve acompanhar tais inovações. A temática que merece detida atenção é a da responsabilidade civil dos provedores de acesso por meio do estudo da legislação da Lei do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014).

Assim, o artigo busca demonstrar a aplicação da responsabilidade civil dos provedores de acesso com base no entendimento da legislação do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014).

Cumpra asseverar a necessidade de se aplicar interpretação sistemática normativa, ou seja, integração das normas para se obter a finalidade de uma regulação justa para o usuário.

Por derradeiro, a metodologia de pesquisa se baseia na análise da aplicação da sistemática normativa por meio do conjunto de princípios e sistemas normativos jurídicos, ou seja, integração das normas e princípios combinada com a análise do viés sociológico perante a atual sociedade para se obter a finalidade de uma prestação jurisdicional justa para o usuário.

## 1. A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO SOB A MATRIZ SOCIOLÓGICA

No decorrer do final do Século XX, diante de um novo estágio de desenvolvimento histórico-sociológico pela convergência tecnológica na sociedade surge uma nova era denominada sociedade da informação, tendo como escopo uma sociedade calcada em bens imateriais e com tecnologias que são essencialmente de cunho intelectual, uma verdadeira reviravolta científica e tecnológica.

Assim, aduz o autor Roberto Senise Lisboa (2006, p. 85):

“Sociedade da informação”, também denominada de “sociedade do conhecimento”, é expressão utilizada para identificar o período histórico a partir da preponderância da informação sobre os meios de produção e a distribuição dos bens na sociedade que se estabeleceu a partir da vulgarização das programações de dados utiliza dos meios de comunicação existentes e dos dados obtidos sobre uma pessoa e/ou objeto, para a realização de atos e negócios jurídicos.

O termo sociedade da informação “surgiu pela voz do então Presidente da Comissão Europeia, Jacques Delors, por ocasião do Conselho Europeu (1993), ao lançar pela primeira vez a ideia das infra-estruturas da informação”. (MARQUES, 2000, p. 43)

Na ótica de Manuel Castells as transformações decorrentes do acesso ao ambiente digital foram caracterizadas como uma revolução para a sociedade de tal maneira que “substantivas mudanças tecnológicas concentradas nas tecnologias da informação que remodelaram a base material da sociedade, formatando novas formas de relação entre a economia, o Estado e a sociedade.” (CASTELLS, 2001, p. 39-40)

Tal vertente resulta na modernização da socialização humana transformando as esferas sociais, culturais e econômicas, de modo que as relações interpessoais se desdobram por meio da tecnologia e das redes sociais.

Nessa linha de raciocínio, aduz Irineu Barreto Junior (2007, p. 62) cabe:

[...] expandir as transformações verificadas no cenário mundial com o advento dos avanços tecnológicos para além das fronteiras técnicas, apontando para as transformações na economia, nas relações sociais, na cultura, ou, em síntese, nas mais diversas relações que envolvam a humanidade.

Nessa linha de raciocínio, o sociólogo Zygmunt Bauman preleciona que o avanço da modernidade tecnológica culmina na denominada Modernidade Líquida, pois propicia os “derretimentos dos sólidos da tradição de seu reenraizamento na ordem moderna, e (que), dessa forma, possibilitou uma cisão entre a construção individual da vida, a política-vida, e a construção política da sociedade.” (BAUMAN, 2001, p.12)

Cabe ao direito acompanhar tais mudanças e transformações para colaborar com a garantia da efetivação de direitos e deveres que abrangem os conflitos existentes neste novo padrão de sociedade.

Por fim, cabe ao Estado e ao setor privado a responsabilidade de possibilitar a viabilização de um desenvolvimento pleno do setor, de políticas públicas, acessibilidade ao ambiente digital a todos, entre outras iniciativas de suma importância para gerar grandes benefícios sociais, culminando no avanço e na modernização do País.

## 2. O DIREITO E A INTERNET

Em virtude do desenvolvimento tecnológico desencadeado desde a criação da Internet, cada vez mais há um interesse maior na expansão dos recursos informacionais em prol da sociedade, com a finalidade de facilitar e promover agilidade nas relações cibernéticas.

Sendo assim, surge o ramo do Direito que trata dos reflexos da Internet no fenômeno jurídico, o qual recebe a denominação de Direito Informático, Direito Informacional ou Direito de Informática.

Menciona Mário Antonio Lobato de Paiva (2002, p.179-205) em relação ao Direito Informático:

Constitui um ramo atípico do Direito, e que encontra, sim, limites visíveis.

Porém, referido direito sempre tentará buscar proteção e solução jurídica a novas instituições informáticas, utilizando-se de seus próprios princípios informadores, desenvolvendo com isso ainda mais suas bases à medida em que for solucionando de maneira autônoma as discussões jurídicas envolvendo relações sociais.

(...) o Direito Informático seria um *tertium genus*, regulando normas jurídicas no uso dos sistemas de computador que incidem nas relações derivadas dos *softwares* nos bens jurídicos dos membros da sociedade, no comércio, nas relações humanas nas redes via Internet.

O impacto dessas transformações sobre as relações jurídicas podem ser facilmente percebidas tanto nas relações estabelecidas entre os indivíduos nessa nova estrutura de sociedade por meio de sites de compras, grupos sociais de aquisição e compartilhamento, perfis comerciais na internet, entre outras práticas para (LUCCA, 2015) “quanto nas relações sociais que se permeiam por meio das redes sociais que promovem a aproximação dos indivíduos quebrando a relação de tempo e espaço, impondo uma verdadeira revisão de paradigmas quanto aos diversos ramos do Direito.”

Alude Antonio Rulli Junior (2007, p. 85):

A experiência nos leva a concluir que a Sociedade da Informação é importante não só para a atualização do conhecimento de novas leis, mas, também, para a pesquisa de doutrina e jurisprudência entre os profissionais de Direito, levados a interagir e criando ferramenta para uma nova postura científica entre aqueles encarregados de aplicação do direito.

No que concerne à questão do Direito e a Internet ambos constituem um novo campo jurídico- científico que necessita ser aprofundado por meio da exploração, reflexão e pesquisa dos novos paradigmas que se consubstanciam nesta nova realidade da sociedade que se perfaz.

Diante desse fato, o direito definitivamente não pode ficar estagnado aos efeitos dessa nova sociedade, fazendo-se necessário o aprimoramento do conhecimento neste campo para a efetiva aplicação do direito nas mais diversas áreas. Neste trabalho será discutida a responsabilidade civil do provedor de serviços da internet visando à proteção dos direitos e a redução de danos.

### **3. A REFLEXÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL SOB A ÓTICA DE HANS JONAS**

Antes de adentrar a temática da responsabilidade civil aplicada aos provedores de acesso, cumpre, de forma concisa, abordar sob a ótica do filósofo Hans Jonas (1984, p. 92) o princípio da responsabilidade. Nesse sentido, Hans Jonas pontua a centralidade da responsabilidade em uma civilização tecnológica. Esta como uma sociedade imersa na tecnologia e no desenvolvimento célere das mais variadas temáticas sua incontestável exposição a danos recorrentes podendo ser denominada de sociedade de risco. (BECK, 2015, p.08)

Alude Ulrich Beck (2015, p. 08) sobre o conceito de risco e da sociedade de risco:

O risco constitui o modelo de percepção e de pensamento da dinâmica mobilizadora de uma sociedade, confrontada com a abertura, as inseguranças e os bloqueios de um futuro produzido por ela própria e não determinado pela religião, pela tradição ou pelo poder superior da natureza, mas que também perdeu a fé no poder redentor das utopias.

O ritmo e a radicalidade dos processos de modernização nas sociedades de risco trazem à colação as consequências dos sucessos da modernização. (BECK, 2015, p. 12)

Como é cediço a sociedade da informação diante de sua estrutura no panorama geral, promove inúmeras conquistas no desenvolvimento de novas tecnológicas que são aplicadas em tese em prol da sociedade.

Contudo, o desenvolvimento não afasta a possibilidade do risco seja para a população em geral ou para um determinado grupo de indivíduos, acarretando, de alguma forma, o que se denomina de dano.

Com efeito, o dano pode ser conceituado como a lesão que atinge diretamente a esfera de bens juridicamente tutelados de cunho patrimonial ou extrapatrimonial suportados por um grupo de indivíduos ou pela população em geral. (PATRIARCHA, 2014)

Nessa linha, Hans Jonas entende que da incerteza e do risco existente deveria insurgir na sociedade o temor que “pode ser o autêntico substituto da verdadeira virtude da sabedoria, como “um novo gênero de humildade.” (JONAS, 1984, p. 93)

O sentimento de temor suscitado por Hans Jonas pode ser analisado da seguinte forma: considerando os avanços tecnológicos, e, por conseguinte, os riscos e danos incomensuráveis existentes diante da utilização das novas tecnologias insurgem o sentimento de temor que deve ser refletido como forma de aprendizado, cautela ou precaução.

Sabe-se que, por exemplo, os dados pessoais que circulam pela internet sujeitam os indivíduos a diversos riscos tais como violação a privacidade, ataques de *hackers*, discriminação a partir de perfis, vazamento de dados, entre outros. (ZANATTA, 2017)

Ou seja, o indivíduo detentor do conhecimento, informação ou conteúdo deverá por meio do temor refletir se aquele suposto avanço tecnológico não trará a sociedade danos irreparáveis.

Nesse sentido, pode se afirmar que se trata de uma opção ética daquele que detém o conteúdo ou a informação devendo analisar as consequências de sua utilização por meio da cautela, precaução e reflexão sopesando quais danos ou riscos trará para a sociedade.

Cumpra enfatizar que para Hans Jonas, a perquisição de uma verdade é calcada em “projeção hipotética, provável ou possível” (JONAS, 1984, p. 93). “O saber real da ciência deve ser interposto ao conhecimento ideal dos princípios éticos e ao conhecimento prático referente à aplicação política do qual pode operar com projeções hipotéticas de esperança e medo”. (JONAS, 1984, p. 93)

Isto posto, a primeira contribuição relacionada aos princípios da ética do futuro foi a “heurística do medo” com a finalidade de sensibilizar o detentor da informação ou conhecimento de manter o cuidado ou uma prevenção/precaução (ZANCANARO, 1998) diante das possíveis consequências do desconhecido.

Tais consequências podem estar relacionadas a danos coletivos irreparáveis a toda a sociedade ou afetar diretamente um determinado grupo de indivíduos promovendo prejuízos tanto de cunho patrimonial, quanto de cunho extrapatrimonial. (ZANCANARO, 1998)

Infere-se que aquele que detém a informação deve ter ética e responsabilidade com as gerações e civilizações futuras levando em conta a possibilidade de dano, ou seja, de forma imediata deve haver a preservação do homem e do universo.

Importante enfatizar o que se denomina de a teoria da *surveillance* ou também denominada de teoria da vigilância por meio do qual se programa a supervisão dos dados informacionais dos indivíduos da sociedade decodificando-os como base de dados com a finalidade de se exercer vigilância.

Nesse sentido, aduz Anthony Giddens (1984, p. 181 e 183) sobre a vigilância:

(...) é a codificação de informações importantes para a administração de uma população de sujeitos, mais a direta supervisão destes por representantes oficiais e administradores de todo tipo.

A vigilância como mobilização do poder administrativo – através do armazenamento e controle de informação – é a forma primária de concentração de recursos autoritários envolvidos na constituição do Estado-nação.

Isto posto, deve ser ressaltado que apesar do monitoramento e vigilância prévia realizado perante a coletividade a discussão que insurge está relacionada a exposição dos dados pessoais dos indivíduos monitorados sob a ótica do princípio da privacidade.

Com efeito, apesar da vigilância e monitoramento possuírem eficácia quanto ao seu objetivo é evidente que a coletividade sofre com a perda de sua privacidade, tendo em vista a amplitude do monitoramento dos dados codificados. (FUCHS, 2011, p. 109-136)

Significa dizer que o monitoramento ou vigilância por meio dos dados podem inclusive direcionar a dados bem específicos sobre localização ou rotina de vida, habitualidades e preferências daquele indivíduo traçando um perfil completo da pessoa. (FUCHS, 2011, p. 109-136).

Sendo assim, tais condutas devem ser observadas e analisadas, posto que a violação da privacidade do indivíduo enseja a denominada responsabilidade civil, como será detalhada a seguir. Nessa linha de raciocínio, a responsabilidade civil se origina do latim *respondere* que tem o significado de restituição, ressarcimento ou recomposição.

Assim, o desdobramento da responsabilidade civil ao longo dos anos no âmbito digital, torna-se necessário para aqueles que promovem a evolução tecnológica utilizar a informação e o conhecimento de forma ética, bem como mantendo a prevenção/precaução de suas escolhas diante das possíveis consequências com o desconhecido, posto que poderão responder pelos danos que causarem a *outrem*.

## **4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE ACESSO SOB ÓTICA DA LEGISLAÇÃO DO MARCO CIVIL DA INTERNET (LEI N. 12.965/2014)**

Nessa linha, se faz necessário analisar a aplicação do instituto da responsabilidade civil no que concerne a atividade do serviço prestado pelo provedor de acesso à internet e suas cláusulas contratuais que foram pactuadas entre consumidor e fornecedor de serviço.

Ressalta-se que em vários casos um provedor de serviço de Internet pode fornecer serviços variados, como por exemplo, serviço de acesso, de correio eletrônico, de hospedagem e de conteúdo.

Importante asseverar que sua responsabilidade será proporcional ao conhecimento que possui sobre aqueles determinados serviços que estão sendo oferecidos a um determinado usuário, assim como, em razão de uma possível má prestação de serviço será responsabilizado por cada serviço que der causa individualmente.

### **4.1. Provedores de acesso**

O provedor de acesso ou também denominado provedor de conexão oferece o acesso à internet para o usuário por meio de serviço contínuo para conexão na rede. (CEROY, 2014)

No Brasil, a Lei 12.965/2014, Marco Civil da Internet, trata da proteção dos usuários, empresas e governo na rede de computadores. (WANDERLEY; LEITE; BARRETO JUNIOR, 2018)

O Marco Civil da Internet estabeleceu em seu artigo 5º a distinção entre os provedores em função do serviço por ele prestado. (CEROY, 2014)

Nessa linha, o Marco Civil da Internet apresenta dois regimes para os provedores: (i) dos provedores de conexão e (ii) dos provedores de aplicação. Os primeiros têm como atividade possibilitar “a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP” (art. 5º, V, do Marco Civil).

Os últimos são aqueles que fornecem “funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet” (art. 5º, VII do Marco Civil). Estas aplicações ou funcionalidades incluem, por exemplo, serviços de e-mail e redes sociais. (STJ. REsp 1.642.997)

Também “se enquadrariam: portais de conteúdo, plataformas de mídias sociais, microblogs, comunicadores instantâneos, e-mails, blogs, sites de comércio eletrônico, serviços de internet banking etc.” (HAIKAL, 2014, p. 318).

Cumpra enfatizar que aos preceitos elencados no artigo 5º do Marco Civil da Internet, cumpre realizar interpretação sistemática observando-se preceitos entabulados na referida Lei, bem como na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto, se faz *mister* analisar com mais especificidade as duas espécies de provedores mencionadas acima, posto que o instituto da responsabilidade poderá ser passível ou não de aplicação, como se verá no caso do provedor de conexão.

Os provedores de acesso ou também denominados de provedores de conexão são pessoas jurídicas ou pessoas físicas que oferecem o serviço de conexão a internet aos usuários possibilitando a conexão na rede. Como é cediço a relação pactuada entre usuários e provedor de serviço de acesso é de consumo.

Desta forma quando realizado ilícito por seus próprios atos os provedores de acesso possuirão responsabilidade objetiva, ou seja, basta comprovar a ilicitude do ato, nexos de causalidade e a lesão suportada pelo usuário sejam de cunho patrimonial ou extrapatrimonial, como consubstanciado nos artigos 14 e 20 do Código de Defesa do Consumidor. (Lei 8.078/1990)

As ilicitudes dos atos estão pautadas na violação contratual da prestação de serviços contratados pelos usuários que se resumem em falhas na prestação do serviço de conexão, falhas na velocidade contratada para realização de *upload* e *download*, interrupção total ou parcial da conexão, limitação e impossibilidade de acesso a determinadas páginas na internet, dificuldade na navegação de forma geral, prejudicialidade na atualização dos programas e aplicativos existentes na máquina ou aparelhos portáteis, entre outros.

Vale ressaltar que os provedores de acesso possuem o dever de cautela de armazenar os dados de conexão atribuídos ao endereço de IP (*Internet Protocol*) de cada usuário, posto caso requisitados judicialmente deverão apresentar as informações em juízo.

Nessa linha o provedor não poderá se escusar de sua responsabilidade em caso de atribuição equivocada de dados de conexão de um usuário para outro, sob pena de responderem civilmente por tal conduta.

Todavia, importante ressaltar que existem excludentes de responsabilidade quando a má prestação do serviço decorrer de culpa exclusiva do consumidor, fato de terceiro, da inexistência

de defeito e força maior, como disposto no artigo 14, §3º do Código de Defesa do Consumidor. (Lei 8.078/1990)

Salienta-se que o fato de terceiro não pode estar atrelado ao fornecedor de componentes que se incorporam ao serviço prestado (COLAÇO, 2015, p.109-134) ou que possuam vinculação com o equipamento utilizado pela empresa que presta o serviço.

Com efeito, a única discussão seria quanto ao fortuito (COLAÇO, 2015, p. 109-134) interno e externo, posto que o fortuito interno ocorre durante a prestação do serviço ou execução dele não incidindo no afastamento da responsabilidade da empresa.

Por outro lado, há o fortuito externo de fato completamente alheio ou estranho à prestação ou execução do serviço, mas que interfere diretamente na prestação, afastando a responsabilidade da empresa.

Por derradeiro, é consolidado e disposto no artigo 18 do Marco Civil da Internet que dispõe “o provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.” (Lei 12.965/2014)

Isto porque o provedor de conexão não teria a função de limitar ou rastrear o conteúdo gerado por um terceiro que viesse a causar dano ao seu usuário.

## 4.2. Provedores de aplicação

No que tange aos provedores de aplicação (COLAÇO, 2015, p. 109-134) são pessoas físicas ou jurídicas que fornecem no programa de aplicativo um conjunto de ferramentas ou funcionalidades que são acessadas através do terminal de conectividade a internet para fruição do serviço.

Desta forma, importante esclarecer que o provedor de aplicativo por fornecer alguns serviços de suma importância, por exemplo, locomoção como o aplicativo do Uber, promove relação de consumo entre o usuário e a empresa que fornece o serviço.

Sendo assim, por estabelecer tal relação de consumo se enquadraria nos artigos 14 e 20 do Código de Defesa do Consumidor. (Lei 8.078/1990)

Isto posto o provedor de aplicação seria responsabilizado pela falha na prestação do serviço oferecido (COLAÇO, 2015, p. 109-134), falha na execução da aplicação ou defeito na plataforma de aplicação não prestar a finalidade da prestação oferecida, não fornecer a segurança necessária para o usuário que se cadastrou ou assinou pelo serviço, entre outros.

Nessa espécie de provedor é de suma importância que se observe sua finalidade como ponto imperioso para se imputar a responsabilidade.

Em se tratando de provedor que promove interação entre os usuários deverá ter a cautela, por exemplo, de remover conteúdo impróprio ou que cause prejuízo a outrem, sob pena de ser responsabilizado judicial (Lei 12.965/2014), após a cientificação do lesado ou lesados pela conduta daquele determinado usuário.

Outrossim, cumpre ressaltar que se o provedor após cientificado por meio de notificação ou ordem judicial não retirar/inviabilizar o conteúdo ou não bloquear o acesso do usuário causador do dano, conceitua-se o entendimento que o provedor responderia de forma solidária (Lei 12.965/2014) com o agente causador do dano e não subsidiariamente.

Importante detalhar que a União Europeia na diretiva do parlamento Europeu e do Conselho no ano de 2000 já preconizava tal conduta:

Para se beneficiar de uma limitação de responsabilidade, o prestador de um serviço na sociedade da informação consistente no armazenamento de dados deverá atuar com prontidão para retirar os dados de que se trate ou impedir o acesso a eles quando tenha conhecimento efetivo de atividades ilícitas. A retirada de dados ou a atuação direcionada a impedir o acesso aos mesmos deverá ser levada a cabo respeitando o princípio da liberdade de expressão e os procedimentos estabelecidos a tal fim a nível nacional. [...] (UNIÃO EUROPEIA, Diretiva 2000/31/CE)

Enfatiza-se que a simples veiculação por terceiro de conteúdo ilícito ou impróprio não enseja a responsabilização do provedor de aplicação de forma direta, posto que um provedor de aplicação não teria a possibilidade de monitorar seus usuários de forma homogênea e integral, todavia, caso cientificado da existência do ato deverá tomar as providências, sob pena de ser aplicada a responsabilidade civil.

No presente também se aplica a excludente de responsabilidade do provedor em caso de culpa exclusiva do consumidor, fato de terceiro que não esteja atrelado à estrutura da execução do aplicativo, se o defeito inexistir e força maior, conforme disposto no artigo 14, § 3º do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) e artigo 19 do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014).

Com efeito, em ambas as espécies de provedores sua responsabilidade será proporcional ao conhecimento (COLAÇO, 2015, p.109-134), assim como aos serviços fornecidos e oferecidos aos usuários, e ainda, em razão de uma possível má prestação de serviço será responsabilizado por cada serviço que der causa individualmente.

Nessa linha de raciocínio aduzem Lucca e Godoy (2015, p. 312-313), *in verbis*:

(...) portanto, do confronto entre o tratamento da matéria da responsabilidade dos provedores, antes e depois do chamado Marco Civil da internet, a pretexto de assegurar a neutralidade da rede e a livre difusão de ideias e opiniões no âmbito virtual, assim a própria liberdade de expressão, a rigor criou-se um sistema, na matéria específica objeto de estudo, de inédita e singular proteção das empresas provedoras.

Observa-se que os preceitos entabulados na legislação do Marco Civil da Internet visam proteger a liberdade de expressão dos usuários por meio da divulgação de ideias, pensamentos e opiniões, bem como salvaguardar a neutralidade da rede para que todos os indivíduos possuam o direito igualitário para acesso a qualquer conteúdo postado virtualmente.

Entretanto, ao exigir a manifestação judicial para responsabilizar o provedor o Marco Civil acabou fragilizando a proteção do consumidor, eis que, “o tempo necessário para o provimento judicial pode tornar inútil a decisão eis que a velocidade de propagação de conteúdo é muito maior do que a do judiciário”. (ALMEIDA, 2015, p. 97-116)

A posição do STJ consolidou-se no sentido de manter e aplicar a previsão do Marco Civil. De acordo com tal posicionamento, o provedor de aplicações somente é responsável por atos após ser cientificado, ou seja, notificado de forma extrajudicial ou judicialmente e apenas depois da ciência não tomar a devida providência para desindexar o conteúdo veiculado ou bloquear o acesso do usuário causador do dano.

Assim determina o Resp n. 1.642.997 com a relatoria da Ministra Nancy Andrighi:

(...) Com o advento da Lei 12.965/2014, o termo inicial da responsabilidade do provedor de aplicação foi postergado no tempo, iniciando-se tão somente após a notificação judicial do provedor de aplicação. A regra a ser utilizada para a resolução de controvérsias deve levar em consideração o momento de ocorrência do ato lesivo ou, em outras palavras, quando foram publicados os conteúdos infringentes: (i) para fatos

ocorridos antes da entrada em vigor do Marco Civil da Internet, deve ser obedecida a jurisprudência desta corte; (ii) após a entrada em vigor da lei 12.965/2014, o termo inicial da responsabilidade solidária do provedor de aplicação, por força do art. 19 do Marco Civil da Internet, é o momento da notificação judicial que ordena a retirada de determinado conteúdo da internet. (STJ. REsp 1.642.997, 2017)

A discussão que insurge é se a agilidade do judiciário será eficiente o suficiente para obstar a propagação do dano causado a parte lesada ou se a morosidade do sistema judiciário apenas agravará a situação do lesado, ressaltando-se que primeiro o lesado deverá tomar medidas secundárias (envio de notificação) para cumprir o requisito de seu direito potestativo e postulatório para obter a prestação jurisdicional esperada, como, por exemplo, a reparação civil.

Outra vertente importante a ser analisada está relacionada ao Código de Defesa do Consumidor no parágrafo 2º do artigo 14 que menciona que o fornecedor de serviços não pode ser responsabilizado pelo desenvolvimento de novas técnicas, ou seja, pelo aprimoramento de sua tecnologia, pois no momento da contratação o serviço proporcionado se adequava aos fins necessários para que se destinava, como preleciona o parágrafo segundo do artigo 14 do CDC, “Art. 14. § 2º. O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas”.

Cumprido o entendimento do autor Guilherme Magalhães Martins (2014, p. 472.) que aduz sobre o dinamismo dessa nova realidade virtual:

[...] a natureza transnacional da Internet, propiciando-lhe rápida transmissão de um grande volume de informações, inclusive simultaneamente, para vários destinos, na superação de conceito de fronteiras nacionais, bem como da ideia de tempo diferido, substituída pela noção de tempo real, agrava o problema de prevenção e reparação dos danos causados ao consumidor.

No que concerne aos provedores de acesso a Lei 12.965/2014 salvaguarda direitos aos usuários da rede no que tange ao seu acesso, como um exercício da cidadania, em seu Art. 7º, incisos IV, V, VI, VII, XI, *in verbis*:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

IV - não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização;

V - manutenção da qualidade contratada da conexão à internet;

VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade;

VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

XI - publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet; (BRASIL, 2014)

Os provedores de acesso ou conexão que intermediam o acesso à internet para o usuário possuem responsabilidade mais específica e aprofundada, em virtude do serviço que oferecem e prestam ao consumidor. Vale lembrar que isso também se aplica ao provedor de serviço de aplicação.

Como exposto acima, no que tange as contratações de prestações continuadas de serviços pactuadas entre os consumidores e provedores, enfatiza-se que os fornecedores dos serviços possuem a obrigação de obter as tecnologias adequadas no momento da utilização pelos usuários e não apenas manter aqueles equipamentos e tecnologias disponíveis no momento da contratação.

Isto porque as tecnologias de base utilizadas no fornecimento dessa espécie de serviço se aprimoram e se desenvolvem rapidamente, tendo o fornecedor a responsabilidade de adequar sua tecnologia frequentemente para oferecer um serviço seguro.

Ressalta-se que as tecnologias obsoletas ou desatualizadas promovem maior risco de quebra de segurança para os usuários no momento da utilização dos serviços, diante das evidentes tentativas de *hackers e crackers* em burlar a segurança para roubar dados e informações pessoais dos usuários.

Como é cediço respondem solidariamente pelos danos que decorrerem da má prestação de serviço todos os agentes que deram causa incluindo os “fornecedores de componentes incorporados ao produto ou serviço, além do próprio prestador de serviços que os incorporou.” (LEONARDI, 2005, p. 102)

Sendo assim, caso o fornecedor deixe de tomar tais medidas acautelatórias para promover a utilização de tecnologias adequadas e atualizadas, bem como preservar os meios de segurança (*data safe controls*<sup>1</sup>) para a segura utilização dos usuários o serviço será considerado defeituoso. Por outro lado, caso o provedor consiga certificar que foi diligente em sua manutenção, tecnologia e segurança oferecida ao consumidor, comprovando, assim, que a invasão era inevitável à época do fato, tais condutas acautelatórias podem ensejar causa de excludente de responsabilidade. (LAGO, 2001, p. 94)

Todavia, a discussão que emerge se relaciona ao fato de que caso o invasor (hacker) não seja encontrado o fornecedor do serviço (provedor) poderia ser responsabilizado de forma subsidiária ao ocorrido para reparar o dano.

Nesse sentido, o artigo 25 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) veda cláusulas contratuais que, “de qualquer modo, impossibilitem, exonerem ou atenuem a obrigação do fornecedor de reparar os danos causados pelos serviços oferecidos, nos seguintes termos.” (LEONARDI, 2005, p. 102)

Corroborando o entendimento explana Marcel Leonardi (2005, p. 102) sobre o conteúdo elencado no artigo 25 §2º do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990):

Isto adquire particular importância com relação aos provedores de serviços de Internet, que incorporam a seus serviços diversos componentes fornecidos por terceiros (tais como estrutura de outros provedores, equipamentos informáticos e programas de computador, entre outros), e, desta forma, respondem pelos danos causados aos usuários em razão de tal incorporação, como mencionado no §2º do artigo citado.

Desta forma, os provedores de acesso devem ser desenvolvidos e programados com extrema cautela, tendo em vista que os dados dos usuários servem como poderio econômico-financeiro para as empresas de tecnologia, bem como podem ser utilizados de forma indevida ou vazados a terceiros com a finalidade de obtenção de lucro.

Além do que o provedor também possui responsabilidade pela guarda e proteção dos dados pessoais dos usuários, sob pena de ser responsabilizado pelo seu vazamento como estabelece o artigo 42 da Lei 13.709/2018, *in verbis*:

Art. 42. **O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo.** (g.n.) (BRASIL, 2018)

<sup>1</sup> Controle seguro de dados.

Caso os dados não sejam devidamente tratados, , em razão do armazenamento de forma irregular o serviço também poderá ser considerado defeituoso, acarretando a responsabilidade do provedor/fornecedor do serviço, nos termos dos artigos 44, parágrafo único e 46 da Lei 13.709/2018.

Por fim, atrelado a temática, utilizando-se do entendimento do filósofo Hans Jonas a cautela e a ética devem prevalecer no tratamento dos dados para que não venham a causar prejuízos incomensuráveis aos dados pessoais dos usuários que acessam a rede. Isto porque há risco existente no manuseio dos dados trocados entre provedor e consumidor a todo o momento em que o usuário faz o acesso à rede, ensejando em caso de não observância dos preceitos de segurança pelo provedor a reparação civil pelo dano causado ao usuário.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como exposto, o desenvolvimento tecnológico originou uma nova estrutura social mundial que culminou na sociedade essencialmente digital e informacional calcada em bens imateriais e com tecnologias de cunho intelectual.

Nessa linha, a evolução acarretou significativas transformações socioeconômicas, políticas, culturais, científicas, comerciais, profissionais, entre outras, de maneira que paradigmas surgiram e consubstanciaram uma nova realidade e aprimoramento para uma sociedade digital.

Com o referido desenvolvimento o direito não poderia se manter estanque aos novos desafios enfrentados nessa nova sociedade acompanhando os impactos que as novas relações travadas no âmbito digital afetam a sociedade em geral.

É incontestável que a tecnologia possui um dinamismo evolutivo incomparável devendo ser utilizada com cautela pelos detentores de conhecimento, posto que não há como se mensurar as consequências trazidas por eventuais escolhas equivocadas perante a sociedade.

Nesse sentido foi realizada uma reflexão com o entendimento exarado pelo filósofo Hans Jonas que em sua pesquisa da heurística do temor já mencionava sobre os males e as cautelas necessárias, embasando princípios éticos sobre a utilização sem limites das tecnologias que promovem consequências por eventuais escolhas trazendo riscos e malefícios a sociedade.

Importante ressaltar que os detentores das informações e conhecimentos tecnológicos devem manter a prevenção e a cautela de suas escolhas diante das possíveis consequências com o desconhecido, tendo em vista que suas atitudes ensejam aplicação da responsabilidade em caso de dano em desfavor dos indivíduos de uma sociedade.

Ressalta-se que no respectivo artigo se buscou analisar o instituto da Responsabilidade Civil e sua aplicação na Internet quanto aos serviços prestados pelos provedores de serviços de internet, mais especificamente com o provedor de acesso, demonstrando em quais situações e conflitos se aplica a Responsabilidade Civil mesmo se tratando de um tema que gera grandes discussões jurídicas e normativas com o intuito de refletir e analisar as implicações que interligam a Internet e o instituto da Responsabilidade Civil.

Os provedores de acesso merecem detida e imediata atenção, pois fornecem serviços aos usuários intrinsecamente relacionados ao acesso e funcionamento da Internet, o que acarreta a “interconexão” entre a rede e os provedores de acesso, e, conseqüentemente, os provedores não ficam isentos de uma possível responsabilização na esfera cível observado o caso concreto.

A criação da Lei do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) visa salvaguardar alguns direitos basilares dos usuários, sendo importante consignar que para a aplicação do instituto da Responsabilidade Civil de forma efetiva deve ser utilizada interpretação sistemática normativa, observando, ainda, a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor, visando à prestação jurisdicional de forma justa e equânime.

Significa dizer que os pontos principais das legislações correlacionadas ao tema devem ser revisitados pelo julgador, justamente para que se utilizando da interpretação sistemática normativa, ou seja, do conjunto de normas, estas se integrem e sejam aplicadas de forma justa no caso concreto a ser analisado.

Insta salientar que o Direito em tempo algum permanece inerte estagnado ou alheio ao processo de desenvolvimento que se consolidou quanto ao instituto da Responsabilidade Civil, frisa-se, em uma escala notável, dessa forma, por meio dos institutos normativos tenta-se aplicar de forma efetiva as normas jurídicas.

Por derradeiro, a finalidade da aplicação do instituto em caso de dano ao usuário é a de restabelecer o equilíbrio na relação pactuada entre as parte de tal maneira que com a aplicação da Responsabilidade Civil aquele que causou dano a outrem seja devidamente responsabilizado por seus atos.

Concluí-se que por meio da interpretação sistemática é que os institutos sejam utilizados em prol das regulamentações dos provedores de acesso com o intuito de proporcionar aos usuários a utilização segura e justa pelo serviço contratado, bem como com a devida cautela e respeito dos provedores de serviços de internet quanto aos direitos dos usuários para que não venham a ser responsabilizados por suas condutas.

## REFERÊNCIAS

- ALENCASTRO, Mario Sergio. Hans Jonas e a proposta de uma ética para a civilização tecnológica. **Revista desenvolvimento e meio ambiente**, n. 19, p. 13-27, 2009.
- ALMEIDA, Juliana Evangelista. Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet. **Revista de Direito Privado**, vol. 62, p. 97-116, abr./jun. 2015.
- BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Atualidade do conceito sociedade da informação para a pesquisa jurídica. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo; Atlas, 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BRASIL. Legislação. **Lei 8.078/1990**. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm). Acesso em: 11.mai.2019.
- BRASIL. Legislação. **Lei 12.965/2014**. Marco Civil da Internet. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm). Acesso em: 02.nov.2018.
- BRASIL. Legislação. **Lei 13.709/2018**. **Proteção de Dados Pessoais**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm). Acesso em: 19.11.2018.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco mundial**: em busca da segurança perdida. 1ª ed.Coimbra: Edições 70, uma chancela de Edições Almedina, 2015.
- CASTELLS, Manuel. **A era da informação**: econômica, sociedade e cultura. Volume I. A sociedade em rede. 5. ed., São Paulo: Paz e Terra, 2001.

Provedores de serviços de internet: a responsabilidade civil sob a ótica reflexiva filosófica de Hans Jonas e da legislação do Marco Civil da Internet (lei n. 12.965/2014)

CEROY, Frederico Meinberg. **Os conceitos dos provedores no Marco Civil da Internet**. Publicado em 11/2014. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI211753,51045-Os+conceitos+de+provedores+no+Marco+Civil+da+Internet>. Acesso em: mar.2019.

COLAÇO, Hian Silva. Responsabilidade Civil dos provedores de internet: dialogo entre a jurisprudência e o marco civil da internet. **Revista dos Tribunais**, v. 957, p. 109-134, jul. 2015.

FUCHS, Christian. Como podemos definir vigilância. **Revista Matrizes**, Ano 5. Dez. 2011.

GIDDENS, Anthony. **The constitution of society**. Outline of the theory of structuration. Cambridge: Polity Press. 1984.

GIDDENS, Anthony. **A contemporary critique of historical materialism**. Vol. 2: the nation-state and violence. Cambridge: Polity Press. 1985.

HAIKAL, Victor Aulo. Da significação Jurídica dos Conceitos integrantes do art 5º. In: LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (Coords.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014.

JONAS, Hans. **Imperative of responsibility**: in search of an ethics for the technological age. Translated by Hans Jonas with the collaboration of David Herr, Chicago: University of Chicago Press, 1984.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

LISBOA, Roberto Senise. **O direito na sociedade da informação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Direito & Internet III: Marco Civil da Internet – Lei nº 12.965/2014**. Tomo II. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2015.

MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. **Direito da Informática**. Coimbra: Almedina, 2000.

MARTINS, Guilherme Magalhães. **Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LAGO JÚNIOR, Antonio. **Responsabilidade civil por atos ilícitos na Internet**. São Paulo: LTr, 2001.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. A ciência do direito informático, **Revista da Magistratura do Estado de Rondônia**, Porto Velho, ano 2002, nº 13, p. 179-205.

PATRIARCA, Giselle Christine Malzac. **Responsabilidade Civil por dano extrapatrimonial à coletividade**. Publicado em maio/2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28594/responsabilidade-civil-por-dano-extrapatrimonial-a-coletividade>. Acesso em: 18.mar.2019.

RULLI JUNIOR, Antonio. **O direito na sociedade da informação**. Líliliana Minardi Paesani, (coordenadora). São Paulo: Atlas, 2007.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 08 de junho de 2000**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32000L0031>. Acesso em: 26.mar.2019.

ZANCANARO, Lourenço. **O Conceito de Responsabilidade em Hans Jonas**. Tese de Doutorado. Faculdade Estadual de Campinas. 1998.

ZANATTA, Rafael A.F. **Proteção de dados pessoais como regulação de risco: uma nova moldura teórica?** I Encontro da Rede de Pesquisa em Governança da Internet. Datado de novembro de 2017. Disponível em: [http://www.redegovernanca.net.br/public/conferences/1/anais/Anais\\_REDE\\_2017-1.pdf#page=179](http://www.redegovernanca.net.br/public/conferences/1/anais/Anais_REDE_2017-1.pdf#page=179) . Acesso em: mai. 2019.

WANDERLEY, Ana Elizabeth Lapa; LEITE, Beatriz Salles Ferreira; BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Sistemas de responsabilidade civil dos provedores de aplicações da internet por ato de terceiros: Brasil, União Europeia e Estados Unidos da América. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 13, n. 2, p. 506-531, ago. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/28622>. Acesso em: 10.nov.2018.

Recebido em: 29 maio 2019.

Aceito em: 10 ago. 2019.



# DIREITOS DA PERSONALIDADE E O TELETRABALHO: A VULNERABILIDADE DO TRABALHADOR E OS IMPACTOS LEGISLATIVOS

**Dirceu Pereira Siqueira**

Centro Universitário de Maringá (Unicesumar), Paraná  
dpsiqueira@uol.com.br

**Danilo Henrique Nunes**

Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos  
(UNIFEB), São Paulo  
dhnunes@hotmail.com

**RESUMO:** O presente artigo abordará sobre o instituto do teletrabalho, modalidade de trabalho prestado à distância, em local diverso da sede do empregador, desempenhado através de meios telemáticos e informatizados de comando, cuja abordagem tornou-se imprescindível, dada a recentíssima alteração na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), perpetrada pela Lei nº 13.467/17, que passou a regulamentar o tema especificamente no sistema normativo pátrio. Entretanto, o que poderia ser considerado louro para os direitos sociais, tornou-se uma derrota, ante a supressão de garantias e afrontas principiológicas inserida malevolamente em seu bojo, ato imperdoável, dada a notória inspiração no Código do Trabalho Português (CTP), que detém umas das mais avançadas regulamentações do mundo, a qual fora concomitantemente observada e negligenciada pelo Congresso Nacional, visto que derogou direitos e desconsiderou princípios basilares incidentes ao direito do trabalho, provocando implicações jurídicas, que o presente estudo elencará ao final soluções alternativas. Em síntese, a respectiva pesquisa guiou-se pelo método dedutivo, com base em livros, artigos científicos e publicações em periódicos eletrônicos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Regulamentação do Teletrabalho. Supressão de Direitos. Retrocesso Social.

*Personality rights and telework: vulnerability of the worker and the legislative impacts*

**ABSTRACT:** This article will focus on the telework institute, working mode provided at a distance, in a place other than the employer's headquarters, carried out by telematic and computerized means of command, whose approach has become indispensable, given the recent change in the Consolidation of Laws of Labor (CLT), perpetrated by Law 13467/17, which regulates the subject specifically in the normative system of the country. However, what could be considered fair to social rights, has become a loss, before the abolition of guarantees and principiológicas affronts inserted malevolently in its wake, an unforgivable act, given the notorious inspiration in the Portuguese Labor Code (CTP), which holds one of the most advanced regulations in the world, which was concomitantly observed and neglected by the National Congress, since it derogated rights and disregarded basic principles incident to labor law, provoking legal implications that the present study will in the end endorse alternative solutions. In summary, the respective research was guided by the deductive method, based on books, scientific articles and publications in electronic journals.

**KEYWORDS:** Regulation of Telework. Suppression of Rights. Social retraction.

## INTRODUÇÃO

O trabalho, por ser inerente ao homem, sujeita-se às alterações provocadas pelos avanços tecnológicos de informação e comunicação, especialmente na era globalizada. Por esta razão, as normas trabalhistas brasileiras, outrora fixadas, entram no centro do debate sob o argumento de que, a tecnologia as teria ultrapassado e as leis em vigência já não são mais aptas a retratarem de forma fidedigna a atual realidade diante de tais progressos.

Assim, surge a necessidade de alterações legislativas, bem como novas previsões legais, capazes de retratar o período vivenciado e tutelar as novas espécies laborativas despertadas a princípio, a qual foi atendida num primeiro momento pelo legislador pátrio, mediante o PCL nº 38/2017, que se tornou a Lei Federal nº 13.467/2017, conhecida amplamente como Reforma Trabalhista.

Ocorre que a inovação legislativa alterou inúmeros dispositivos legais contidos na Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943 – Consolidação das Leis do Trabalho, doravante chamada CLT, como regulamentou temas até então não previstos expressamente no arcabouço trabalhista, dentre eles, o teletrabalho objeto do presente estudo. Para tanto, sob o método hipotético-dedutivo, este caminhará no sentido de elucidar a sua conceituação, trará a luz os seus pressupostos configuradores, os seus primeiros indícios, adesões em âmbito nacional, características, divisões, além da disciplina jurídica a ele aplicada antes da *novatio legis*.

Sucessivamente, abordar-se-á regulamentação no seio da lei supradita e suas implicações derivadas, em seguida apresentará a norma inspiradora do legislador pátrio e tecer-se-á um comparativo quanto a positivação realizada em relação ao espelho que se dispunha.

Em resumo, o respectivo estudo pretende levar a reflexão sobre o tema, quanto a previsão legal imposta, suas implicações jurídicas no que tange a violação de direitos e garantias fundamentais celetistas, com propósito de encontrar possíveis soluções para problemática que se instaura, através de análise axiológica dos princípios que foram suprimidos, além de contribuir para os debates sobre o tema.

## 1. DO TELETRABALHO

Inicialmente faz-se necessário a compreensão da palavra teletrabalho, que possui como prefixo a palavra *tele* de origem etimológica grega, cujo significado é distância, desta forma sua acepção deve ser compreendida como trabalho à distância.

No entanto, cabe esclarecer que emprego de tal terminologia decorre da forma de prestação de serviço (relações laborativas) tendo as inovações tecnológicas de informação como meio, as quais dinamizaram a relação clássica trabalhista e, hodiernamente encontram-se consolidada no mundo empresarial e regulamentada em vários países, por isso torna-se crucial tecer breves considerações sobre o seu instituto (BARROS, 2017, p. 214).

Diante do cenário apresentado, o legislador viu-se no dilema de tratar do tema em comento, promovendo tal Reforma legislativa, contudo, sem amplo debate na sociedade, sendo assim, objeto de constantes questionamentos e de relevantes controvérsias doutrinárias.

## 1.1. O surgimento do teletrabalho e suas primeiras adesões

Na atualidade muito se debate, quanto a origem do teletrabalho, todavia esta não tem uma resposta uníssona entre os doutrinadores e historiadores do direito, por esta razão o presente trabalho ficará imbuído de demonstrar o seu idealizador. Dessarte, historicamente atribui-se a paternidade deste instituto a Jack Nilles (HERNANDEZ, 2007. p. 71), Secretário do Comitê de Investigação da *Aerospace Corporation*, localizado ao sul da Califórnia, o qual era responsável por desenhar veículos espaciais para o Departamento de Defesa (Força aérea) e para a NASA (RODRIGUES, 2011, p. 27).

De acordo com os registros, no ano de 1971 Nilles fora questionado por uma das autoridades locais como era possível o centro espacial colocar o homem na Lua, mas não conseguir resolver problemas com o trânsito e engarrafamentos que assolava toda a população. Ante tal inquirição, insurgiu com a ideia de transmutar a relação clássica de trabalho em *telework* (RODRIGUES, 2011, p. 27), porém esta não fora bem aceita por seus superiores, sob a justificativa de que era preciso investigações preliminares, bem como uma mudança de hábito de toda uma população.

Nos anos seguintes, a procura de auxílio para a realização da ideia apontada, desligou-se Aerospace e, entre os anos de 1972 a 1973, passou a ocupar o cargo de Diretor de Desenvolvimento de Programas Interdisciplinares na Universidade do Sul da Califórnia, momento em que veio a implantar o Programa de Permuta entre Transportes e Telecomunicação, que tinha como objetivo diminuir e/ou elidir os deslocamentos diários dos empregados até os locais de trabalho (RODRIGUES, 2011, p. 28).

Diante tal iniciativa e o êxito logrado, fora requisitado para implementá-lo em inúmeras empresas norte americanas, listadas entre as 100 (cem) mais famosas pela revista *Fortune* no ano de 1974 (RODRIGUES, 2011, p. 28), uma vez que este auxiliava na retenção do custeio empresarial e medrava-se o lucro, cujos fatores foram essenciais para a sua disseminação mundo afora no séc. XXI. Até se propagar no Brasil, tanto que na década de noventa o Conselho Regional de Administração de São Paulo, engendrou o grupo SOBRATT - Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades (2018), sociedade civil sem fins lucrativos, que tem como máxima a disseminação do conhecimento sobre o tema, como também, os órgãos públicos nacionais passaram aderir ao teletrabalho a sua estrutura, como o Tribunal de Contas da União (TCU) pelas portarias nº 139/2009 e 99/2010; o Tribunal Superior do Trabalho (TST) em 2012, por intermédio da Resolução nº 1.499; a Controladoria-Geral da União (CGU) em 2015 e, por fim o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) através da Resolução nº 227, regulamentando em toda esfera do Poder Judiciário. Do mesmo modo, as empresas privadas, como as renomadas empresas: Gol Linhas Aéreas, O Boticário, Shell, Del etc. (TIMO, 2018).

Depreende-se que embora tenha ocorrido tal fenômeno, suscita-se que até o ano de 2017 o Brasil carecia de legislação específica sobre a novel espécie de trabalho que se despertava, o que não foi nenhum empecilho para a sua exponencial adesão, nos diversos segmentos empresariais como acima listado.

## 1.2. Noções gerais do teletrabalho

Considerando-se a relevância da presente pesquisa, é vital que haja percepção de suas características, já que tal fator possibilitará uma melhor compreensão e reflexão sobre o tema proposto.

Dessa maneira, precipuamente há de se destacar que teletrabalho constitui uma das espécies de contrato de trabalho existentes na seara trabalhista, conhecido como trabalho a distância, pois o seu desenvolvimento se dá em ambiente virtual (LEITE, 2017, p. 211) e longínquo do escritório central e/ou centro de produção, conforme preleciona Organização Internacional do Trabalho – OIT (COLNAGO, 2017, p. 779), através de computadores, internet, redes sociais, celulares, fax, e-mail etc. (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2014, p. 778), cujas ferramentas ensejam a desnecessidade da presença física do trabalhador na sede do empregador, como outrora era difundido para a consecução da relação de emprego.

Diante tal fato, e por seu exercício via de regra dar-se em domicílio, inúmeros autores passaram afirmar que houve o renascimento do trabalho, instigado pelas modernas tecnologias, haja vista o tradicional consisti no desenvolvimento de artesanatos ou de pequena indústria caseira – manufatura, enquanto o contemporâneo compreende aquele que se vale das novas tecnologias, Alice Monteiro de Barros (2017, p. 214) pontua:

O teletrabalho distingue-se do trabalho a domicílio tradicional não só por implicar, a realização de tarefas mais complexas do que as manuais, mas também porque abrange setores diversos como: tratamento, transmissão e acumulação de informações; atividade de investigação; secretariado, consultoria, assistência técnica e auditoria; gestão de recursos, vendas e operações mercantis em geral; desenho, jornalismo, digitação, redação, edição, contabilidade, tradução, além da utilização de novas tecnologias, como informática e telecomunicação, afetas ao setor terciário.

Desta feita, cabe esclarecer que o teletrabalho vem a ser aquele executado via mecanismos tecnológicos, podendo apresentar as seguintes divisões: a) teletrabalho em domicílio: desenvolvido na residência, casa, habitação ou moradia do próprio empregado (MARTINS, 2012, p. 27); b) teletrabalho em telecentros: consiste no exercício da prestação de serviços em espaços previamente preparados pelo próprio empregador, fora da sede da empresa como *coworking*, ou seja, escritórios compartilhados (SILVA, 2018); e, c) teletrabalho nômade, móvel ou itinerante: desenvolvido comumente dentro de outras empresas, diversa da empregadora, de resto não possui um local predeterminado para a prestação de serviços (SILVA, 2018, p. 106).

Desse modo, atividade laboral realizada singularmente por pessoa física com a utilização de novas tecnologias de informação e comunicação fora dos limites físicos da empresa credora do trabalho, são pressupostos inexoráveis para a configuração de sua espécie de trabalho, porém desde já frisa que o presente estudo se refere necessariamente ao teletrabalho desempenhado no próprio domicílio do empregado.

### 1.3. Disciplina jurídica do teletrabalho antes da Lei 13.467/17

Em análise da CLT até o ano de 2017 nota-se a ausência de regulamentação específica sobre o teletrabalho, mas realizando a exegese das normas nela positivadas verifica-se as disciplinas jurídicas a ele incidente. Já que a legislação em comento desde de 1º de maio de 1943 sempre tratou de forma isonômica o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado em domicílio, nos termos do art.6º da CLT<sup>1</sup>, e para tanto, bastava o preenchimento dos pressupostos ou elementos fáticos jurídicos caracterizadores da relação de emprego (GONÇALVES, 2018), definidos no art. 3º da CLT<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego.

<sup>2</sup> Art. 3º. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Contudo, mesmo com a previsão aludida, os operadores e aplicadores do direito se deparavam com uma grande dificuldade, qual seja, a comprovação da subordinação jurídica, eis que não havia como atestar o comando pessoal e direito do empregador na presente espécie de trabalho, por inexistência de previsão legal apta a configurá-la.

Diante da lacuna aventada, quanto ao modo de comprovação da subordinação das atividades desenvolvidas a distância, através de meios telemáticos e informáticos de comando, teve-se inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudencial sobre a matéria, a vista que num primeiro momento tinha-se uma enorme gama de trabalhadores desprotegidos, por não estarem abarcados pelo vínculo de emprego e, segundo uma implícita evasão arrecadatória tributária.

Até que no dia 15 de dezembro de 2011, época em que adveio a Lei nº 12.551 e passou a incorporar ao art. 6º da CLT<sup>3</sup>, os conceitos relativos à subordinação estrutural - comando a distância - equiparando-a ao comando direto e pessoal (DELGADO, 2017, p. 1024), dando início a uma incipiente regulamentação.

Assim, em razão da implementação suscitada, cessou-se a discussão que perpetuava quanto a subordinação, vista a expressa previsão normativa dos meios aptos a viabilizar o reconhecimento do liame empregatício, que por sinal são tênues, pois segundo Pinho Pedreira (2000, P. 586) “a prestação de serviços do teletrabalhador pode assumir tanto a figura autônoma quanto subordinada, devido a sua fronteira habitada, denominada como zona grise” (BARROS, 2017, p. 212).

Percebe-se que a previsão legal demonstrada, cumpriu num primeiro momento com sua finalidade precípua e secundária, a vista que conseguiu garantir os direitos mínimos dos teletrabalhadores, mediante a equiparação realizada deste, com o empregado sob o regime comum, igualmente possibilitou a arrecadação tributária diante o liame empregatício que se passou a configurar.

Não obstante, o legislador brasileiro, não se deu por satisfeito com esta, pois ansiava por uma previsão legal específica e, sob o manto de ampliar e consolidar os direitos e garantias de tais profissionais, que por ora, já estavam abarcadas, elaborou e aprovou lei ordinária federal, alterando sistematicamente e profundamente toda construção protecionista que até então se tinha, fazendo insurgir conflitos normativos e principiológicos.

## 2. A REGULAMENTAÇÃO DO TELETRABALHO NA REFORMA TRABALHISTA

Toda regulamentação de lei, deveria ter como premissa a criação de instrumento de exclusão, segregação e sedimentação da deplorável desigualdade entre pessoas e grupos sociais, reunindo às diretrizes constitucionais relativas aos direitos e garantias fundamentais no campo *justralhista*. Contudo, lamentavelmente a presente, resultante da Lei nº 13.467/17, caminhou em sentido contrário as máximas trabalhistas e seus princípios delineadores em relação a regulamentação do teletrabalho, como será demonstrado.

<sup>3</sup> Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

## 2.1. Dos conflitos instaurados

Em primeiro lugar salienta-se que será abordado os dispositivos criados e concomitantemente suas afrontas a princípios e/ou normas celetista, indicando seus pontos centrais e as polêmicas a eles inerentes.

Conforme analisado anteriormente, antes do surgimento da Lei nº 13.467/17, intitulada como Reforma Trabalhista, o ordenamento jurídico pátrio, em especial a CLT, não possuía previsão específica acerca do teletrabalho (MIESSA, 2017, p. 216), até o dia 11 de novembro de 2017, data em que entrou em vigor a *novatio legis* e criou o Capítulo II-A, destinado exclusivamente a tratar e regulamentar o tema, entre os arts.75A a 75E.

A princípio o art. 75-A da CLT<sup>4</sup>, dispõe sobre as regras a serem aplicadas ao empregado sob regime de teletrabalho, sem grande expressão, por conseguinte na forma do art. 75-B da CLT<sup>5</sup> instaurado, restou-se estabelecido que o teletrabalho não se configurará como atividade externa, embora seja desenvolvida fora das dependência do empregador, o que resulta numa incoerência dicotômica textual.

Não bastando, o mesmo artigo se valeu de um termo incomum ao direito do trabalho que é o *preponderante*, ou seja, ainda que o teletrabalhador venha a trabalhar cinquenta e um por cento de sua jornada de trabalho no regime presencial e o remanescente a distância, este será considerado para todos os efeitos como um teletrabalhador a rigor da lei, porém cabe arguir como haverá tal mensuração, já que este não se submete ao controle de jornada, nos termos do art. 62, III da CLT<sup>6</sup>, incluído pela reforma.

Assim, a doutrina em tal circunstância, tem se posicionado no sentido de que apesar da exclusão expressa, o controle e a fiscalização da jornada deverá ser realizada, por meio dos mecanismos informatizados como e-mails, *WhatsApp*, *Facebook*, *GPS*, telefones, *login* e de *logout*, os quais são efetivos a controlar o tempo real despendido de labor, posto que se verificado que o credor do trabalho detinha condição para tanto e não o fez, ficará responsabilizado pelas verbas trabalhistas aplicada ao regime comum (CORREIA, 2018, p. 232).

Neste sentido, cita-se o preconizado pela 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2018):

TELETRABALHO. CONTROLE DE JORNADA. As hipóteses de inaplicabilidade dos limites constitucionais de jornada de trabalho são excepcionais e restritas às situações em que o controle do horário não é possível, de modo que o inciso III do artigo 62 da CLT (incluído pela Lei nº 13.467/2017) deve ser aplicado somente nos casos em que os empregados em regime de teletrabalho possuam atividade verdadeiramente incompatível com o controle de jornada. Nos demais casos em que o controle for possível, inclusive por meios telemáticos e informatizados, como autoriza o parágrafo único do artigo 6º da CLT, não incide a nova regra trazida pelo inciso III do artigo 62 da CLT.

<sup>4</sup> Art. 75-A. A prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo.

<sup>5</sup> Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

<sup>6</sup> Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados; II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial; III - os empregados em regime de teletrabalho.

Entretanto, apesar dos posicionamentos trazidos, não há jurisprudência corroborando-os, o que inexoravelmente remete ao campo das incógnitas e incertezas, restando ao judiciário jus-laboral tomar posição sob tal dogmática jurídica instaurada.

Ademais, quanto ao art. 75-C, §§ 1º e 2º da CLT<sup>7</sup>, que autoriza a alteração entre os regime presencial para o teletrabalho mediante mútua acordo entre as partes envolvida na contratação ou, somente pela vontade do empregador, no caso de determinação para o retorno ao regime presencial antes exercido, deve ser respeitado o disposto em seus parágrafos, ou seja, confecção de um aditivo contratual e o transcurso de no mínimo quinze dias computados da data da notificação (MIESSA, 2018, p. 232).

Conquanto, infere-se no tipo legal exposto problemas a serem percorridos e enfrentados, a vista que inexistente previsão de eventual penalidade a ser imposta em caso de descumprimento do prazo estabelecido, assim como, exigência de justificativas para tais transições (MIESSA, 2018, p. 220), circunstâncias das quais possivelmente afrontará o art. 468 da CLT<sup>8</sup> e consequentemente o princípio da condição mais benéfica, conhecido também como da inalterabilidade contratual *in pejus*, visto que só é lícita a alteração contratual que não resultar em prejuízos diretos ou indiretos, sob pena de nulidade das cláusulas infringentes (MARTINEZ, 2011, p. 84), oriunda da nova *jus variandi* constituída pela Reforma (CORREIA, 2018, p. 240).

A título ilustrativo imaginem o seguinte caso hipotético: Alcebíades Xavier, contratado pela empresa X, para laborar na função de tradutor em regime presencial na cidade de Barretos-SP, passando o respectivo contrato firmado entre as partes a produzir os seus efeitos, posteriormente seu empregador decide alterá-lo para o regime de teletrabalho, após a sua concordância. Já como teletrabalhador, vem a prestar o vestibular da UFB (Universidade Federal de Brasília) com o intuito de ingressar na graduação de seus sonhos, o qual é aprovado. Diante de tal fato, muda-se para Brasília, uma vez que o seu trabalho não é empecilho, mas quando já estabelecido no planalto central é surpreendido com uma requisição de retorno ao regime anterior ocupado, situação que lhe dará apenas duas opções, retornar ou pedir dispensa. Pelo exemplo supra, embora haja a concordância do empregado, esta facilmente poderá ser descaracterizada, vez que este não tem outra alternativa senão aceitar, pois se recusar estará sujeito ao risco do desemprego. Da mesma maneira, nota-se de forma clarividente o ultraje ao princípio-regra supratranscrito - inalterabilidade contratual *in pejus* - em consequência do poder concedido ao empregador, já que o empregado experimentará graves danos relativos as adaptações realizadas, a graduação a ser preterida ou até mesmo o desemprego a ser enfrentado.

No entanto, ainda que seja uma situação hipotética, esta infelizmente será a mais triste realidade de milhões de teletrabalhadores, que estarão submetido ao novo poder de mando, cuja solução apontada pela doutrina seria a aplicação analógica (MIESSA, 2017, p. 220) do art. 469 da CLT<sup>9</sup>, todavia o seu cabimento ou não, ficará a mercê da hermenêutica dos nobres magistrados, de acordo com cada caso concreto a ser apreciado, o que comportará decisões distintas para

<sup>7</sup> Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado: § 1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual; § 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual.

<sup>8</sup> Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

<sup>9</sup> Art. 469 - Ao empregador é vedado transferir o empregado, sem a sua anuência, para localidade diversa da que resultar do contrato, não se considerando transferência a que não acarretar necessariamente a mudança do seu domicílio.

situações semelhantes, logo a insegurança jurídica. Por seu turno, o art. 75-D da CLT<sup>10</sup>, definiu que a responsabilidade pela aquisição dos equipamentos necessários para o desempenho do teletrabalho e as despesas dele decorrente deve estar prevista em contrato expresso, o que demonstra a imprecisão da lei, dado que deixa dúvidas a quem caberá o custo da compra. Demais disso, sua redação não se coaduna com a diretriz geral da CLT, a qual estabelece que os custos e encargos no tocante ao contrato de trabalho é de incumbência do empregador e jamais do empregado (DELGADO, 2017, p. 223), entendimento que deflui do conceito consagrado no art. 2º da CLT<sup>11</sup> e do princípio da alteridade (SARAIVA; SOUTO, 2018, p. 33), ambos olvidados pelo legislador ordinário, como também o princípio do contrato realidade ou primazia da realidade (DELGADO, 2017), o qual retrata de forma indubitável a prática concreta da prestação de serviços ao longo da contratação, inobstante a vontade aventada na relação jurídica firmada.

Não podendo ser diferente o último art. 75-E da CLT<sup>12</sup>, dispõe sobre o meio ambiente, transferindo ao teletrabalhador o ônus de cuidar de sua adequação, para inibir doenças ocupacionais e acidentes de trabalho, incumbindo unicamente ao empregador orientá-lo e colher a respectiva assinatura no termo de compromisso. Contudo, ainda que haja tal previsão, esta não exime o empregador da atribuição de cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina de trabalho (MIESSA, 2017, p. 222), conforme previsão estatuída no art. 157 da CLT<sup>13</sup>, ora esquecida pelo Congresso Nacional, na fugaz tentativa de transferir os riscos derivados do ambiente de trabalho ao hipossuficiente.

Assim a exegese que se faz com base na regulamentação apreciada é de uma nítida segregação normativa da premissa maior do direito do trabalho, que é garantir os direitos mínimos trabalhistas oriundos de segunda dimensão, dado que caminhou lastimavelmente em descompasso com os avanços já galgados, bem como desconsiderou pontos cruciais da norma inspiradora que será externada, os quais seriam aptos a obstem os conflitos instaurados supraditos.

## 2.2. Da inspiração normativa

É cediço o fato de que o Brasil não foi o primeiro país a adotar o teletrabalho como uma espécie de contrato de trabalho, tanto que antes de sua regulamentação o país buscou inspiração normativa em legislações esparsas.

Dentre os países que serviram de modelo para a realização de tal feito segundo Geraldo Magela (2018), tem-se o Código do Trabalho Português, doravante CTP (PORTUGAL, LEI 7/2009, 2018), o qual possui uma das mais avançadas normas sobre o tema. Por esta razão, abordar-se-á os artigos relacionados com a regulamentação no compêndio celetista pátrio supramencionado, com fito a evidenciar os equívocos perpetrados. Deste modo, cumpre salientar que em fevereiro de 2009, por meio da Lei 99/2003 os lusitanos passaram a tratá-lo de forma específica em seu Código do Trabalho (WULFING, 2014, p. 158), o qual instituiu e estabeleceu em seu art. 165, que o teletrabalho compreende a prestação laboral realizada com subordinação jurídica,

---

<sup>10</sup> Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito. Parágrafo único. As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado.

<sup>11</sup> Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

<sup>12</sup> Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.

<sup>13</sup> Art. 157. Cabe às empresas: I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho.

*habitualmente* fora da empresa e através do recurso informáticos e telemáticos. Previsão normativa extremamente feliz, basta ver o termo da habitualidade empregada, que remete a constância e regularidade na prestação de serviços (LEITE, 2017, p. 162).

Além disso, o empregado em regime comum/presencial poderá passar a exercer o teletrabalho, para tanto, basta requerimento e que atividade desempenhada seja compatível com o regime especial, cuja solicitação não poderá ser obstada pelo empregador, em harmonia com o art. 166 do CTP. Portanto, suscita-se que em tal hipótese, o contrato deve ser escrito e conter os seguintes requisitos: identificação, assinaturas e domicílio ou sede das partes; indicação da atividade a ser prestado com menção expressa do regime e sua retribuição; indicação do período normal de trabalho, porém se este for inferior ao duração previsível do contrato de trabalho, deve conter a atividade a ser exercida após o seu término; a propriedade dos instrumentos de labor e o responsável pela a instalação e manutenção e o respectivo pagamento das despesas derivadas do consumo e utilização; identificação da empresa credora do trabalho e com quem o teletrabalhador deve se conectar no âmbito da prestação de serviço. Frisa-se que caso negado o requerimento e não constituído o contrato requerido ficará caracterizada grave e leve violação, de maneira respectiva, ante a inobservância dos preceitos alusivos positivados.

Não bastando, a legislação em análise fixa no rol do art. 167, a duração inicial do contrato de teletrabalho, o qual não pode ser excedente a três anos ou prazo diverso definido em instrumento coletivo, podendo qualquer uma das partes denunciar o mesmo nos seus primeiros trinta dias de execução, aos órgãos competentes. Entanto, após o decurso estabelecido, o empregado retornará a sua atividade de origem, garantindo-lhe uma certa estabilidade durante este interregno, não ficando sujeito as vicissitudes patronais, ou afrontas ao princípio da alteração contratual lesiva (BASTOS, 2017, p. 101). Noutro aspecto, quanto aos instrumentos de trabalho caberá ao empregador fornecê-los, instalá-los, arcar com as despesas dele decorrentes e, estabelecer regras de utilização, funcionamento e destinação a serem observada pelo teletrabalhador, salvo se houver disposição contratual em sentido oposto, nos termos do art. 168 do CTP<sup>14</sup>.

Ademais como forma de assegurar a igualdade de tratamento entre o teletrabalhador e os demais empregados em regime comum, foi determinado no art. 169 do CTP que ambos detém os mesmos direitos e deveres, no que se refere a formação, promoção ou de carreira profissionais; *limites de jornada*; segurança; saúde no trabalho; reparação de danos emergentes oriundos de acidente de trabalho ou doença ocupacional e promoção do convívio dos trabalhadores com o objetivo de evitar o seu isolamento social (BASTOS, 2017, p. 103).

Outra previsão de suma importância pelo código em estudo, refere-se à privacidade do teletrabalhador, a qual deve ser respeitada de forma a garantir-lhe o tempo de descanso e o seu repouso, previsto no art. 170 do CTP, tal como o empregador só poderá visitá-lo das 09:00 às 19:00 horas, mediante acompanhamento do teletrabalhador ou terceiro indicado e, cuidou de forma exclusiva sobre a sua participação e representação coletiva, podendo este se candidatar a tal cargo e utilizar às tecnologias de informação a seu dispor, para participar de reuniões, bem como comunicar-se com os demais colegas de ofício.

Destarte, verifica-se que o direito português laboral, inspiração brasileira, melhor abordou o teletrabalho (BASTOS, 2017, p. 152), posto que tratou de forma expressa as suas peculiaridades.

---

<sup>14</sup> Art. 168º. 1- Na falta de estipulação no contrato, presume -se que os instrumentos de trabalho respeitantes a tecnologias de informação e de comunicação utilizados pelo trabalhador pertencem ao empregador, que deve assegurar as respectivas instalação e manutenção e o pagamento das inerentes despesas.

des, como a instalação, manutenção e responsabilidade pelas despesas advindas com os instrumentos de trabalho, cujo ônus via de regra recairá ao empregador, salvo disposição contratual em sentido contrário.

Em síntese, o direito lusitano não deixou de abordar temas cruciais como a privacidade e intimidade do empregado, de modo que o teletrabalho e o controle realizado pelo empregador não viesse as comprometer, questão estas dentre outras omitidas e/ou estabelecidas em contrassenso pela Reforma Trabalhista, equívoco imperdoável, dada a base regulamentar lusitana que se dispunha e foi embasada.

### 3. DA RELEVANTE VERIFICAÇÃO DO INSTITUTO NO DIREITO COM- PARADO

Consoante o ordenamento jurídico pátrio celetista atual relativo ao teletrabalho e a norma legislativa lusitana inspiradora, nota-se que o legislador brasileiro não foi fiel a sua inspiração, tampouco agregou valoração quando da regulamentação pátria, pois descumpriu com a premissa maior do sistema constitucional vigente, isto é, a proteção jurídica, conforme se suscitará.

Dado que, desprotege o teletrabalhador a partir do momento em que lhe excluí do controle da jornada, em decorrência da justificativa da impossibilidade de fiscalização, inobstante os avanços tecnológicos dispostos na sociedade contemporânea, cuja regressão não se opera no Código Português, que inclusive equiparou-lhe ao empregado comum para todos os efeitos legais. Acontece que tal supressão que decorreu por mera opção legislativa, desconsiderou toda uma conquista histórica, a norma inspiradora e, inclusive previsão constitucional e infraconstitucional preteritamente já estatuída nos arts. 7º, XIII da Lei Magna<sup>15</sup> e 58 da CLT<sup>16</sup>, o que passou a impossibilitar a percepção de horas extras, adicionais noturnos, intervalos *intra*jornadas e *inter*jornadas, dentre outros direitos consagrados pela constituinte originário, sob o vil fundamento da autonomia horária concedida ao empregado (MIESSA, 2017, p. 219).

Saliente-se por não estar submetido ao controle de jornada, notoriamente ficará sujeito a um comando no mínimo desordenado, que indubitavelmente será acompanhada de condutas perniciosas como ligações frequentes, imposição de horários e metas a serem alcançadas, o que ensejará na transgressão aos direitos inerentes a sua condição humana (REIS, 2007, p. 106), estabelecidos no art. 5º, X da CF/88<sup>17</sup>, ao contrário da legislação lusitana, a qual precavida, dispôs sobre onde, quando e como esta deverá ocorrer, conferindo maior proteção ao labutador frente aos avanços tecnológicos (BASTOS, 2017, p. 108), ao contrário sensu da nacional, que quedou-se sobre o tema embora o espelho que se tinha.

Ademais, em razão da atividade laboral se dar por meios telemáticos e informáticos de comando suceder-se-á *hiperconexão*, que coloca em risco o direito ao descanso do teletrabalhador, em virtude do credor do trabalho vir a procurá-lo em interregno que em tese seriam de ócio, para tratativa de questões relacionadas a labuta, situação da qual restaria configurado o regime de sobreaviso (BASTOS, 2017, p. 121), caso não houvesse o óbice legislativo acima elencado, isto é, a exclusão de controle de jornada, cuja situação nociva não se observa no direito ibérico.

---

<sup>15</sup> Art. 7º, XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

<sup>16</sup> Art. 58. A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.

<sup>17</sup> Art. 5º, 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.

Acrescenta-se, que o novo *jus variendi* estabelecido pelo legislador regulamentador, ultraja o princípio da inalterabilidade contratual lesiva, em decorrência de inexistência de previsões de justificativas ou prazo para a prática de tal ato, oposto diametralmente a norma portuguesa, a qual fixa o lapso máximo de três anos ou diverso definido por instrumento coletivo de trabalho para permanência do exercício no regime especial em discussão, eis que sua previsão pauta-se pela segurança jurídica (AMADO, 2011, p. 145) da parte hipossuficiente da relação laboral, antagonicamente a norma pátria que lhe sujeita a intempérie patronal.

Outrossim, a aquisição de equipamentos para o desenvolvimento do trabalho, *a priori*, conforme previsão já apresentada, deve estar prevista em contrato expresso. Com isso, o legislador inverteu toda a lógica do sistema celetista, uma vez que assunção do risco da atividade econômica transmutou do explorador para o explorado. Em contrapartida, a norma espelhada imputa tal encargo ao beneficiário da exploração do trabalho (BASTOS, 2017, p. 102).

Por fim, neste comparativo não se pode deixar de salutar o meio ambiente telelaboral, abordado pela reforma regulamentadora, a qual teve o viés de imputar a responsabilidade por sua manutenção, prevenção e precaução quanto a acidente de trabalho e doenças profissionais ao contratado, cuja *aberratio* não se faz presente na lei que se compara, devido a equalização de tratamento plenamente garantido e assegurado em seu direito.

Desta forma, a normatização em comento ponderada, denota-se inconstitucional, vez que fere o princípio da vedação ao retrocesso social, limitador das atuações do Estado, o qual veda atuações do Estado que tenha finalidade derogatória de direito e garantias fundamentais ou sua mitigação (VASCONLECOS; LUIZ, 2018), como também avilta a ideia de progressividade dos direitos laborais contemplados no art. 7º, *caput*, da CF/88<sup>18</sup>, segundo se nota. Em suma, a regulamentação específica do regime de teletrabalho que a princípio deveria ser considerado como uma conquista, infelizmente tornou-se pesadelo, haja vista deixaram os teletrabalhadores a limbo da tutela constitucional e, questões cruciais que deveriam e poderiam ter sido abordadas como o direito à intimidade, privacidade, fiscalização, dentre outros, foram simplesmente olvidados.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, a pesquisa analisou a positivação do teletrabalho na CLT, demonstrando de forma lúdica, os eventuais equívocos cometidos pelo legislador nacional, responsável pela celeuma jurídica hoje instalada, objeto de debate acadêmico e doutrinário.

Assim, fora apresentado as suas características, terminologia, regulamentação e até mesmo instituto alienígena que deu amparo a norma atualmente consolidada, todavia não plagiada, consistindo quiçá na grande falha praticada.

Diante disso, a regulamentação provocada pela Lei nº 13.467/17, alterou toda conjuntura jurídica que até então se tinha instaurada, vez que a Lei nº 12.511/11 não fazia distinção entre teletrabalhador e empregado sob o regime comum, garantindo desta forma, a igualdade de tratamento normativo e direitos entre ambos. Entretanto, com o advento da previsão específica ocorreu o inverso. Não bastando, teve-se afrontado princípios norteadores da relação do trabalho, bem como supressões de direitos e garantias fundamentais, o que demonstrou uma notória desconsideração do legislador ao preceito basilar da progressão dos direitos sociais, que a rigor é de

<sup>18</sup> Art. 7º. [...] são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.

incumbência do Estado Democrático de Direito tutelá-los, por meio dos seus representantes legais, autores desta nefasta implementação.

Entretanto, ante o cenário atual e a perniciosidade da *novatio legis*, quanto a regulamentação do teletrabalho já retratada, o presente estudo levanta duas alternativas para o seu enfrentamento jurídico, a primeira delas consiste no ajuizamento de Ação Declaração de Inconstitucionalidade (ADIN), em razão das modificações reducionistas/abolicionistas trazidas pela reforma trabalhista, para que assim haja a derrogação dos novos regramentos positivados no regimento celetista. Já a segunda opção, em tese a mais propícia e viável a ser implementada, constitui na interpretação dos novos dispositivos instaurados pela reforma, à luz da constituição federal e dos princípios norteadores do direito laboral, ato que certamente obstará a perpetuidade da violação dos direitos trabalhistas, uma vez que o teletrabalhador carece de representatividade sindical.

Assim encarando a realidade atual, com base nos aspectos levantados sobre o tema, conclui-se que a reforma em hipótese alguma almejou a ampliação e a tutela dos direitos deste profissional, por esse motivo deve ser rechaçada por todos os profissionais do direito.

## REFERÊNCIAS

AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho**. 3 ed. Coimbra: Almeida, 2011. p. 145.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed., Atual. por Jossé Claudio Franco de Alencar. São Paulo: LTr, 2017.

BASTOS, Mariana Candini. **Teletrabalho, subordinação e seus reflexos: uma análise comparada entre Brasil e Portugal**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 1 mai. 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm). Acesso em: 28 ago. 2018.

BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. 3 ed. atual., ampl. e ver. Salvador: JusPodivm, 2018.

BRASIL. Lei n 13.467, de 13 de julho de 2017. **Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 13 jul. 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm). Acesso em: 23 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.551, de 15 de dezembro de 2011. **Altera o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos**. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 15 dez. 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2011/lei/12551.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/12551.htm). Acesso em: 19 ago. 2018.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende; ESTRADA, Manuel Martín Pino. **Teletrabalho**. 1 ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 779.

CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson. **Manual da reforma trabalhista**. 1 ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16 ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. 1 ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 139.

GONÇALVES, G. et al. Evolução da legislação trabalhista para o teletrabalho. **Revista Científica Integrada Unaerp Campus Guarujá**, São Paulo, n. 3, p. 5, 2018. Disponível em: <https://www.unaerp.br/revista-cientifica-integrada/edicao-atual/2981-rci-evolucao-da-legislacao-trabalhista-para-o-teletrabalho-06-2018/file>. Acesso em: 24 out. 2018.

LEHFELD, L.S; LÉPORE, P.E; FERREIRA. O.A. V.A.; **Monografia Jurídica**: guia prático para elaboração do trabalho científico e orientação metodológica. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Editora Método, 2015. 126p.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: Saravia, 2017.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 84.

MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários à CLT**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 27.

MELO, Geraldo Magela. **O teletrabalho na nova CLT**. Disponível em: <https://www.anama-tra.org.br/artigos/25552-o-teletrabalho-na-nova-clt>. Acesso em: 17 set. 2018.

MIESSA, Élisson. **A reforma trabalhista e seus impactos**. 1 ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 778.

PEDREIRA, Pinho. **O teletrabalho**. 1 ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 586.

PORTUGAL. Lei nº 7/2009, de 12 de fevereiro. **Aprova a revisão do Código do Trabalho**. Disponível em: <https://dre.pt/application/dir/pdf1s/2009/02/03000/0092601029.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2018.

REIS, Jair Teixeira dos. **Subordinação jurídica e o trabalho à distância**. 1 ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 106.

RODRIGUES, Ana Cristina Barcellos. **Teletrabalho**: a tecnologia transformando as relações de trabalho. In: Dissertação de Mestrado – Departamento do Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Universidade de São Paulo, 2011.

SARAIVA, Renato; SOUTO, Rafael Tonassi. **Direito do trabalho concursos públicos**. 20 ed. Salvador: 2018. p. 33.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FERRARI, Caroline Clariano. O direito à informação como direito fundamental ao estado democrático. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 4, N. 2, 2016.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; CASTRO, Lorena Roberta Barbosa. Minorias e grupos vulneráveis: a questão terminológica como fator preponderante para uma real inclusão social. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe**. V. 5, N. 1, 2017.

SILVA, Frederico Silveira e. **O Teletrabalho como novo meio de laborar e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro**. 2004. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/306/o-teletrabalho-como-novo-meio-laborar-compatibilidade-com-ordenamento-juridico-brasileiro->. Acesso em: 28 ago. 2018.

SOBRATT. **Cartilha sobre teletrabalho, home office, trabalho à distância**. Disponível em: [http://www.sobratt.org.br/site2015/wp-content/uploads/2017/01/1\\_010917\\_af\\_cartilha\\_teletrabalho\\_apos\\_olimpiada1.pdf](http://www.sobratt.org.br/site2015/wp-content/uploads/2017/01/1_010917_af_cartilha_teletrabalho_apos_olimpiada1.pdf). Acesso em: 11 out. 2018.

TIMO, Desirée. **Reflexões sobre o teletrabalho no Brasil: antes e depois da Lei n. 13.467/2017**. 2017. Disponível em: <http://www.sobratt.org.br/index.php/01092017-reflexoes-sobre-o-teletrabalho-no-brasil-antes-e-depois-da-lei-n-13-4672017/>. Acesso em: 19 ago. 2018.

VASCONCELLOS, Mariana de Oliveira de; LUIZ, Fernando Vieira. Princípio da proibição do retrocesso social e sua importância na contemporaneidade. **Revista da Emesc**. Santa Catarina, ano 22, n. 28 ago. 2015. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/120/99>. Acesso em: 19 set. 2018

WULFING, Juliana. **Teletrabalho: proposta de regra jurídica fundamentada no princípio de proteção do empregado para o Brasil**. 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/128693/331752.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2018.

Recebido em: 25 jun. 2019.

Aceito em: 17 jan. 2020.

## AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO STF: ESPAÇO DELIBERATIVO OU RETÓRICA?

**Juliana Nobrega Feitosa**

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), São Paulo

[jnobregaf@tjsp.jus.br](mailto:jnobregaf@tjsp.jus.br)

**Silvia Carlos da Silva Pimentel**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo

[spimentel@puccsp.br](mailto:spimentel@puccsp.br)

**RESUMO:** Ao declarar que a República Federativa do Brasil se constitui num Estado Democrático de Direito, torna-se relevante o questionamento acerca da legitimidade democrática da tomada de decisões de quaisquer dos poderes estatais, inclusive do STF. Este trabalho utiliza como objeto de estudo o instrumento das audiências públicas, as quais foram institucionalizadas após a promulgação da CF/88. Por meio deste trabalho, verifica-se que, para além da legitimidade democrática dentro das cortes, as audiências exercem outro tipo de influência social. Assim, mesmo que as audiências não estejam, hoje, exercendo por completo as suas potencialidades, funcionam como uma caixa de ressonância de questões moralmente sensíveis. Contudo, desejável que o STF faça uso deste meio processual também para se estabelecer um diálogo com os diversos setores da sociedade, de modo a conferir racionalidade e legitimidade às suas decisões.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito. STF. Democracia. Habermas. Audiências públicas.

*Public Hearings and STF: Is it a deliberative space or is it rhetoric?*

**ABSTRACT:** In declaring that the Federative Republic of Brazil is a Democratic State of Law, it is relevant to question the democratic legitimacy of the decision-making of any of the state powers, including the Supreme Court. This paper uses as its object of study the instrument of public hearings, which were institutionalized after the promulgation of the CF/88. Through this work, it is verified that, besides the democratic legitimacy within the courts, the public hearings exercise another type of social influence. So, if they aren't fully exercising their potential today, they act as a sounding board for morally sensitive issues. However, it is important that the Supreme Court makes use of this procedural mechanism also to establish a dialogue with the various sectors of society, in order to give rationality and legitimacy to its decisions.

**KEYWORDS:** Law. Supreme Court. Democracy. Habermas. Public Hearings.

## INTRODUÇÃO

No contexto jurídico e político contemporâneo, os debates inserem-se em uma constante demanda por democratização das instituições, representação e formação de vontade popular. É bem verdade que o caráter representativo não se encerra exclusivamente pelo voto, uma vez que

cabe ao Judiciário e, em especial, ao Supremo Tribunal Federal, assegurar a vontade do constituinte<sup>1</sup>. Ademais, esta relação entre STF e democracia ganha contornos específicos, também em razão da própria Constituição, que o coloca como fiscal e protetor dos direitos humanos e da soberania.

Com efeito, diante dos acirrados debates em torno do funcionamento do poder judiciário na atualidade, e considerando-se que a República Federativa do Brasil se constitui num Estado Democrático de Direito, torna-se relevante o questionamento acerca da legitimidade democrática da tomada de decisões de quaisquer dos poderes estatais, inclusive do STF. Neste sentido, aduz José Rodrigo Rodriguez (2013, p.64):

Ainda nesta parte, mostro como este processo, que denomino de luta pela justificação, tem gerado uma pressão crescente por mais transparência e acesso ao processo de tomada de decisões do Poder Judiciário, pressão essa que é amplificada pela crescente visibilidade deste poder na mídia nacional.

Desta forma, o objetivo deste estudo não se volta à análise da competência oferecida ao STF para exercer o controle de constitucionalidade das leis, mas sim direciona-se a avaliar se suas decisões, de fato, passam pelo manto da *democraticidade*. É que o papel da jurisdição constitucional e sua inserção democrática não se concebem sem o reconhecimento de que é necessário criar mecanismos de participação popular no processo de interpretação e aplicação da Constituição.

Este artigo tem como objeto de estudo o instrumento das audiências públicas, enquanto meio processual admitido pelas instituições e que viabiliza, em tese, o diálogo com diversos setores da sociedade, de modo a conferir maior racionalidade e legitimidade às decisões tomadas pela Suprema Corte. Pretende-se verificar se o referido mecanismo é capaz de aproximar a Corte da sociedade. Efetivamente. Ou seja, o presente trabalho buscará analisar em que medida as audiências públicas influenciam das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Registre-se que o presente estudo parte da teoria do discurso de Jürgen Habermas, o qual enfrenta os debates acerca da legitimidade da jurisdição constitucional para, em seguida, contextualizar a inserção das audiências públicas e suas finalidades no procedimento de controle abstrato de constitucionalidade. Por fim, pretende verificar se referido instituto atua, de fato, como instrumento que reforça a atuação do STF, compatível com a teoria deliberativa de Habermas.

## 1. AS CONTRIBUIÇÕES DE HABERMAS À TEORIA DEMOCRÁTICA

Em regra, busca-se conferir legitimidade democrática às Cortes Constitucionais por meio de três argumentos. O primeiro destaca que os juízes constitucionais também são representantes, porém não sob viés delegatário, mas sim como curadores. Ou seja, as cortes constitucionais possuem legitimidade democrática enquanto representantes da vontade da sociedade, inscrita nas normas constitucionais. O segundo argumento aduz que as cortes são uma instituição deliberativa e o terceiro remete a uma ampliação da participação, dando voz aos excluídos do processo eleitoral, contemplando a intervenção democrática.

---

<sup>1</sup> Em “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”, Luís Roberto Barroso discute o tema e traz importante inovação aos debates, reconhecendo e legitimando o caráter *representativo* do Judiciário, ao lado de sua *função contramajoritária*. Trata-se da atuação do Judiciário, no âmbito do controle de constitucionalidade, como mecanismo de preservação de direitos fundamentais e proteção das minorias contra a vontade das maiorias eventuais. O termo contramajoritário, aliás, decorre da ideia de que o os membros do Judiciário não são eleitos pelo povo, ao contrário do que ocorre com os Poderes Executivo e Legislativo. (BARROSO, 2017).

Em síntese, considera-se legítimo o exercício da atuação das Supremas Cortes conquanto suas decisões sejam baseadas em um processo deliberativo, participativo e enquadrado nas normas extraídas da Constituição. Desta feita, a base legitimadora do Direito contemporâneo não mais se esgota no poder de decidir (poder político), remetendo-se para a estrutura das decisões.

É a partir daí que a teoria habermasiana contribui para a análise e, quiçá, para a superação destas questões. É que o autor introduz um paradigma procedimentalista do Direito, fundamentado no princípio do discurso.

Daiane Nogueira de Lira (2012, p.64) sintetiza:

Na visão habermasiana, o Estado Democrático de Direito possui uma justificação procedimental que torna compreensível a legitimidade do Direito a partir de processos e pressupostos comunicativos – que devem ser institucionalizados juridicamente –, permitindo que os processos de criação e de aplicação do direito levem a resultados racionais.

A abordagem da teoria de Habermas pode ser elencada em cinco pontos, de acordo com a didática de Ricardo Fabrino Mendonça (2016), a qual será utilizada neste artigo.

De saída, importa registrar que Habermas expõe uma teoria democrática normativa, aliçada em uma concepção ampla de política, pela qual se defende a participação pública contínua para a tomada de decisões. Esta participação deve ser instituída por meio de formação de públicos, nos quais são discutidos problemas de interesse coletivo, fortalecendo a capacidade dos cidadãos de influenciar no processo decisório. Neste sentido, afirma Mendonça (2016, p.743) que

Habermas não reduz a democracia a instituições políticas que possibilitem a grupos em competição buscar poder em condições de justiça. A democracia envolve um processo em que a soberania popular e o autogoverno são efetivamente exercidos. Dessa perspectiva, o sistema político precisa ser poroso à continuada participação cívica, que inclui ampla cadeia de atividades.

Um segundo ponto contributivo da teoria de Habermas funda-se em intercâmbios comunicativos, oferecendo uma abordagem discursiva, pela qual se reconhece o poder da linguagem enquanto modo poderoso de agência (ação comunicativa). Segundo Habermas, por meio da ação comunicativa, as dimensões de mundo podem ser transformadas, uma vez que a política é inseparável da linguagem. Não só isso, quando não existe um consenso imediato, a linguagem se traduz em processo dialógico, a fim de se chegar a um entendimento mútuo. Mais uma vez, Mendonça (2016, p. 746) sintetiza muito didaticamente:

Habermas adota um modelo discursivo de política, centrado na reflexividade coletiva alimentada pelo diálogo público. Como argumentei, a política discursiva desenvolvida por Habermas permeia a construção dos *selves*, suas perspectivas, visões de mundo e preferências. Isso ajuda a compreender por que democratas deliberativos se opõem a modelos agregativos de democracia e recomendam o fortalecimento do debate público.

A terceira contribuição da teoria habermasiana é no sentido da conexão entre discurso e razão. Para o autor, o confronto de opiniões conduz ao esclarecimento recíproco por meio de debates racionalizados. Assim, a esfera pública leva à racionalização da tomada de decisões, por meio do melhor argumento.

Um quarto ponto defende a ética do discurso e o pluralismo. A teoria de Habermas não parte do consenso. Ao contrário, o conflito tem papel central em suas ideias, o que demandaria, portanto, um procedimento para lidar com este confronto. Diante do pluralismo, o autor advoga um procedimento discursivo. Neste sentido, mais uma vez, Mendonça (2016, p.753) explica que:

Ao reconhecer o pluralismo – e o conflito –, Habermas deseja reconciliar a noção de autonomia privada e a noção de autonomia pública em uma teoria política que valoriza liberdades e singularidades individuais, mas que coloca o interesse público em seu núcleo. A passarela entre perspectivas particulares e interesses públicos – entre singularidades e coletividades – é o justo procedimento discursivo, que leva à construção de soluções mais complexas, para além da simples justificação das vitórias dos atores mais poderosos.

Por fim, como último ponto descritivo da teoria democrática de Habermas, pode-se citar a defesa de uma deliberação entre múltiplos públicos, ou seja, uma ideia fundada em uma discussão pública entre diferentes públicos, viabilizando a democracia deliberativa em sociedades complexas. E, por este viés, a sociedade civil atua como espaço público autônomo, distinguindo-se do sistema da ação econômica e da administração pública. Autônomo, porque distinto dos poderes institucionalizados, bem como do poder econômico, porém integrado. Porque ecoa a voz da soberania.

A normatividade desta proposta pode ser resumida, portanto, no seguinte sentido: se a deliberação e a participação são inevitáveis à legitimidade democrática, necessário aceitar-se um jogo de espaços públicos autônomos (minipúblicos) e as novas formas de institucionalidade que projetam, bem como estruturas formais que deverão ser testadas continuamente.

Assim, por meio da teoria deliberativa, todos os afetados por uma decisão devem participar da prolação da mesma decisão. E o resultado da deliberação deve respeitar a igualdade e simetria, uma vez que todos devem ter lugar de fala.

Com efeito, de acordo com Mendonça (2016, p.756):

Habermas desenvolveu essa ideia sobretudo por meio de seu modelo *two-track*, que enfatiza a necessidade de uma relação continuada entre instituições políticas e o poder comunicativo alimentado pela esfera pública. Uma esfera pública vívida é crucial, sendo que a vivacidade do debate público depende da existência de fluxos discursivos atravessando diferentes arenas.

Analisando os pressupostos da teoria de Habermas, verifica-se que a aceitação da decisão jurisdicional se funda na fundamentação racional e no debate público, uma vez que a esfera pública possui o caráter de legitimar e racionalizar as tomadas de decisão. É que a democracia deliberativa se estabelece no acordo, ou seja, no consenso quanto às razões utilizadas para a tomada de determinada decisão. Segundo o próprio autor (HABERMAS, 2003, p.347):

Temos que livrar o conceito de política deliberativa de conotações de colocariam o tribunal constitucional sob pressão permanente. Ele não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor de menor idade. Sob os olhares críticos de uma esfera pública jurídica politizada – da cidadania que se transforma na “comunidade dos intérpretes da constituição” –, o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor.

Com efeito, é necessária a criação de instrumentos que possibilitem o debate público na esfera jurisdicional, ampliando os espaços de participação efetivamente argumentativos, de modo a garantir a legitimidade democrática do processo jurisdicional constitucional.

Neste sentido, é que a implementação do instituto da audiência pública pelo STF pode servir como instrumento democratizador das decisões do tribunal, o qual não possui a pré-aprovação democrática por meio do voto eleitoral. Assim, as audiências públicas surgiriam para solucionar duas questões problemáticas à interpretação constitucional. A primeira, de cunho técnico, tendo em vista que os juízes da Corte não têm nem deveriam ter conhecimento de todas as matérias levadas à discussão na arena jurídica. E a segunda, de teor político, a fim de sedimentar a legitimidade democrática de sua atuação e, por conseguinte, de suas decisões.

## 2. AUDIÊNCIAS PÚBLICAS E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

O constitucionalismo contemporâneo exige novas formas de participação popular, não mais se contentando com o simples sistema eletivo e representativo cunhado pelo voto popular. Demanda-se novos instrumentos, capazes de ampliar o espaço público, a fim de que seja ultrapassada a cidadania formal, aperfeiçoando a democracia e a legitimidade dos poderes públicos.

Na sequência, a Constituição brasileira de 1988 revela esta tendência em vários dispositivos, não escapando de seu cuidado também o Poder Judiciário. Assim que, diante da relevância do exercício da jurisdição constitucional concentrada, notou-se a necessidade da institucionalização de procedimentos, no âmbito do STF, que alterassem o papel de mero espectador passivo dos cidadãos. Nas palavras de Daiane Nogueira de Lira (2012, p.73), quando do estudo da teoria discursiva habermasiana,

[...] era preciso conferir, nos termos da teoria de Habermas, um caráter dialógico ao processo constitucional, uma vez que os processos de entendimento dirigidos pela argumentação são os únicos capazes de fundamentar a aceitabilidade das decisões judiciais.

Assim, após dez anos da promulgação da Constituição Cidadã, emergem duas importantes inovações legislativas, quais sejam, as Leis nº 9.868/99 e nº 9.822/99, que tratam, respectivamente, acerca do processo e julgamento da ação direta de constitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, bem como sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. As novidades trazidas pelo legislador cunharam-se na previsão expressa do *amicus curiae* e da realização de audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal.

Registre-se que apenas oito anos após a edição destas leis é que a primeira audiência pública foi realizada pelo STF, no ano de 2007, quando do processamento da ADI 3.510-DF, que discutia a constitucionalidade da chamada “Lei de Biossegurança”. Nos últimos doze anos, portanto, consolidou-se o entendimento de que as audiências públicas exercem dupla função na prática decisória do STF. A primeira, relacionada à técnica, atesta que as audiências subsidiam os ministros com informações próprias do domínio científico, muitas vezes essenciais ao julgamento. A segunda, vinculada à prática democrática, emprega referido instituto como mecanismo de acesso e participação da sociedade civil na corte.

E, assim, neste ambiente, a audiência pública amplia os participantes do processo constitucional, a fim de que a sociedade organizada possa contribuir para a interpretação e aplicação do direito, retirando o monopólio ou, ao menos, minorando a tendência exclusivista centrada na figura do juiz. Neste sentido, aduz Lira (2012, p. 67) que:

Habermas rejeita a visão da Constituição como “ordem concreta de valores”, da qual o Tribunal Constitucional seria um intérprete qualificado que se sobressai por suas supostas virtudes intelectuais e de acesso privilegiado à verdade, pois o juiz singular tem que conceber sua interpretação construtiva com um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos. [...]

O pluralismo é um fato social e a legitimidade da jurisdição constitucional é garantida pelos pressupostos e procedimentos comunicativos que devem estar presentes no processo constitucional, inclusive garantido ampla dilação probatória e contraditório entre todos os interessados.

### 2.1. As audiências públicas: breve análise prática

Conforme retratado acima, o instituto da audiência pública foi consagrado como uma prática de abertura do Judiciário ao debate público e um mecanismo de reforço democrático

(FRAGALE, 2015, p. 205). Compreender, contudo, a relação entre o instituto jurídico e a democracia, demanda dimensionar o real impacto da utilização deste instrumento no processo decisório

### 2.1.1. A legislação

No direito positivo, já são levantadas questões que podem restringir o pluralismo e a legitimidade conferida ao instrumento. É que os dispositivos legais (artigo 9º, § 1º - para ADI- e artigo 20, § 1º - para ADC- não indicam que as audiências públicas sejam um espaço para ouvir manifestações de qualquer cidadão. Ao contrário, a lei demanda algum tipo de conhecimento específico.

Disso resulta a exclusão de outros indivíduos que, em que pese não busquem trazer informações técnicas, possam contribuir com experiências vivas e significativas, de modo a aproximar a técnica à realidade social, bem como concretizar a ideia de Peter Häberle sobre a sociedade aberta de intérpretes constitucionais. A restrição à *expertise* apenas mantém a elitização do tribunal, fechando-o à pluralidade que permeia a sociedade.

Karina Pinhão (2018, p.473) aduz, neste sentido, que:

Dada esta limitação participativa, *a priori* e, ainda, o fato de o Relator que convocou a audiência possuir discricionariedade na escolha de quem poderá participar nesta, entende-se que seja necessário uma reforma legislativa no sentido de dispor sobre parâmetros mínimos que vinculem esta escolha. Tais parâmetros devem perquirir uma formação verossímil com a pluralidade existente na própria sociedade, sendo a mais heterogênea possível. Não se exclui, todavia, a necessidade de vinculação dos participantes com a temática em debate, o que, por outro lado, não significa a escolha exclusiva de especialistas como imposto pela literalidade desta lei.

É criticável, no que se refere à legislação que institucionaliza as audiências públicas, a livre disposição que goza o legislador para arquivar ou juntar aos autos do processo os trabalhos da audiência, uma vez que o relator pode optar por descartar todo o trabalho perpetrado. Mais ainda, ao relator cabe, de forma discricionária e com nenhum parâmetro de fato objetivo, convocar ou não a realização das audiências públicas e concentrar todo o julgamento em seu próprio arbítrio, ainda que se trate de questões de forte apelo ético e moral na sociedade.

Registre-se, portanto, que os filtros exercidos pelas regras processuais, bem como a decisão que não aceita intervenientes ou que os aceita, porém utilizando-se de determinadas seleções, são cruciais para o desenho do diálogo a ser travado na corte. Nesta perspectiva, Marta Machado e Ana Carolina Bracarense (2016, 687-688), quando da análise da ADPF n. 154, que envolvia a disputa acerca da interrupção da gravidez de fetos anencefálicos, atestam que:

(...) no caso do confronto judicial, há controvérsias específicas à participação – nem todos podem falar e isso depende de regras que definem a legitimidade ativa para propor ações, as decisões de aceitação de *amicus curiae* ou, como se deu no caso, a autorização para participar da audiência pública. (...)

A aceitação ou não do *amicus curiae* na causa, bem como a seleção daqueles que poderiam participar da audiência pública foi também objeto de disputa. Diversas organizações de movimentos sociais e membros da sociedade civil requereram a participação no processo como *amicus curiae*. Em um primeiro momento, o ministro Marco Aurélio negou os pedidos de participação. Entretanto, visto o significativo número de demandas por participação, no fim de agosto e início de setembro de 2008, o STF decidiu promover uma Audiência Pública para que a sociedade civil se pronunciasse quanto ao tema. Após esta decisão, outras entidades manifestaram interesse em se pronunciar sobre o tema nessa esfera, o que foi negado pelo Relator, que

se referiam ao fato de que já estavam participando do processo “os mais diversos segmentos da sociedade” ou de que a entidade requerente não suplementaria os elementos já expostos. Certamente essas decisões impactaram na conformação da disputa argumentativa que se deu na audiência pública.

De toda forma, ainda que a legislação possua arestas a serem aplainadas, os maiores debates, após doze anos da primeira convocação de audiência pública, concentram-se nos dados apresentados no âmbito dos processos nos quais foram utilizadas as referidas audiências.

E os números não são positivos.

### 2.1.2. Um balanço das audiências públicas

O trabalho realizado por Fernando Leal, Rachel Herdy e Júlia Massadas (2018) fornece detalhado panorama sobre o funcionamento real das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal, o que permite ilustrar as disfuncionalidades gerais quando da utilização de referido instrumento nos últimos anos.

Segundo os autores (2018, p.367):

O instituto, que parece ter sido concebido para suprir carências epistêmicas dos ministros, reduziu-se a um foro em que convivem, em pé de igualdade e sem critérios claros de diferenciação, opiniões desinformadas com posições de especialistas. Com isso, sobra desorientação para a justificação epistêmica das decisões. Ademais, como os dados apresentados revelam, não há na prática critérios para a convocação de audiências públicas e para a definição de quem está habilitado para delas participar, há baixos níveis de interação e confronto entre os participantes, presença reduzida de ministros, baixa incorporação das audiências nas decisões dos ministros e usos de falas dos participantes nos votos como indícios de confirmações de crenças ou hipóteses preexistentes, o que tende a revelar uso míope ou estratégico.

Ou seja, as audiências públicas, por meio dos dados levantados pela pesquisa, não demonstraram configurar-se, de fato, em instituto apto a conferir legitimidade democrática às cortes.

É que, de pronto, constatou-se que os participantes destas audiências eram, em sua grande maioria, peritos que levaram ao tribunal conhecimento especializado acerca de determinado assunto. Sem prejuízo da qualidade técnica que tais informações possam entregar às decisões judiciais, por si só, não se traduzem em debate dialógico e deliberação política. Ainda, havendo um alto número de técnicos envolvidos nas audiências, não ficou clara a heterogeneidade dos debates, o que gera um déficit representativo e um desequilíbrio quanto aos argumentos que poderiam ser alcançados.

Ainda, dado curioso denota que, na maioria dos despachos convocatórios das audiências públicas, há restrição quanto ao conteúdo das manifestações, no sentido de que seriam vedadas exposições de relatos pessoais. Ora, tais restrições podem afetar o senso democrático do diálogo justamente por não se aproximar da realidade social em que está inserida a questão em debate.

Não só isso, importa registrar que poucos são os ministros que, de fato, participam das audiências, quando não estão envolvidos com a relatoria da ação. De toda forma, em todos os casos, as transcrições das audiências foram disponibilizadas pelos relatores, mas não há clareza institucional acerca do acesso efetivo a elas pelos demais ministros. E é assim, porque os argumentos apresentados em audiência são muito pouco citados nos votos dos juízes e, quando o são, geralmente são utilizados como confirmação de uma ideia pré-concebida.

Tendo tudo isso em vista, valiosa a relação entre o uso efetivo das audiências públicas e os ensinamentos de Habermas, construída por Karina Pinhão (2018, p. 477-478):

Em resumo, apesar do importante potencial deliberativo das audiências públicas, estas acabam por se restringirem a uma visibilidade meramente de presença, mas não são capazes de tornarem presente e efetiva a participação dialógica, mais heterogênea, e inclusiva. A presença de múltiplas perspectivas culturais e sociais no debate político possui a vantagem de ampliar a qualidade epistêmica destes, mas não se pode deixar de considerar que, sem postular qualquer derivação mecânica ou determinista, ela não é capaz de conter a tendência para a reprodução das hierarquias e, assim, da dominação pelo discurso. Não significa que a audiência pública seja irrelevante e desprovida de importância, mas é preciso considerar em suas relações comunicativas ou dialógicas, as relações de força que nelas se efetivam sob uma forma transfigurada e como se revelam na aplicação de uma suposta racionalidade parcial. Por estas razões que se defende que as audiências públicas deveriam compor de forma mais significativa a decisão em sede de controle de constitucionalidade abstrato, desde que, ademais, respeitados estes procedimentos dialógico-comunicativos, ou seja, um agir comunicativo, como expressado por Habermas.

## 2.2. Para além da legitimidade democrática

De acordo com as pesquisas anteriormente mencionadas, verificou-se que, nos últimos anos, as audiências públicas não refletiram o resultado esperado nas decisões da corte. O que se notou é que elas, muitas vezes, foram instrumentalizadas como argumento de autoridade, a fim de validar não a pluralidade, e sim opiniões prévias dos ministros, sobretudo em razão da constatação de que as menções aos debates nos votos dos juízes quase sempre apareceram de forma marginal.

É bem verdade que há aqueles estudos que enfatizam a necessidade de referido instituto, como método apto a implementar a democracia ou conferir caráter mais representativo aos tribunais constitucionais. Tem-se, por este viés, que a realização das audiências públicas pelo STF nos processos de aplicação e interpretação constitucional concretizam a teoria procedimentalista de Habermas, criando-se espaço de comunicação e participação e, ainda, conferindo caráter dialógico à jurisdição constitucional (LIRA, 2012, p. 78).

A crença e o otimismo, contudo, não sobrevivem a alguns outros estudos. O caráter democrático e a aproximação da corte com a sociedade, conforme muitas vezes argumentado pelos próprios ministros do STF, não parece comover a todos. Neste sentido, Carolina Vestena afirma (2010, p. 105):

Sendo assim, fica evidente a impossibilidade estrutural de que procedimentos de caráter formal, internos à cúpula do Judiciário, possam romper a lógica de reprodução das posições de poder no interior da formação social capitalista. Mesmo que sejam discursivamente defendidas como democráticas, as audiências públicas judiciais não ultrapassam a barreira da reprodução do formalismo intrínseco à atuação dos tribunais; pelo contrário, reproduzem-no com uma roupagem mais sofisticada. Com esses mecanismos, fica assegurada a manutenção das formas de controle e reprodução ampliada do capitalismo, que alcançam altos níveis de legitimidade por meio de práticas que pretensamente democratizam as instituições através da participação. Nesse contexto, a contra-leitura da democratização aqui desenvolvida explicita as reais relações de poder que moldam o corpo social, sob formação de falsos consensos e de participação em seu interior.

Ainda, na mesma análise cética em relação às audiências públicas, Leal, Herdy e Massadas asseveram que, em contraposição à legitimidade democrática, importa destacar a competência democrática, a qual tratar-se-ia de um valor constitucional que garante que as decisões em

uma democracia possam ser tomadas de forma inteligente e racional, distinguindo-se o conhecimento especializado da mera opinião. Esta distinção implicaria na possibilidade de discriminar tanto conteúdo quanto os sujeitos da fala. E seria assim, porque a garantia da informação deve prevalecer aos direitos de expressão e de igualdade, pois teria por fundamento a construção sedimentada da capacidade cognitiva dos ministros. Para eles, portanto, direitos de expressão e igualdade devem ser restringidos, a fim de preservar a democracia. Em síntese, os autores concluem que (2018, p. 344-345):

O desenho de uma arena em que as pessoas com a mais variadas formações apresentem ideias sobre questões de fato para os ministros do STF é estranho. Se o debate científico é compatível com a pluralidade e saturação de ideias e experimentos, isso não significa que qualquer visão sobre determinado assunto é cientificamente relevante. No STF, há dois riscos permanentes. O primeiro é o de a solução de questões envolvendo a valoração jurídica de aspectos da realidade eliminar ou determinar a solução de questões de fato – e não o contrário. O segundo é o de disputas científicas serem superadas com base em razões não científicas. O tribunal poderá, nessa linha, não só basear decisões em meras opiniões, como abrir as portas para o chamado “lixo científico!” (*junk science*): uma mistura de dados enviesados, inferências espúrias e malabarismos lógicos costurados por pesquisadores cujos entusiasmos pela descoberta e pelo diagnóstico ultrapassa em muito suas habilidades (...). Em qualquer dos casos, como se nota, reunir mais informações não é necessariamente uma vantagem para a justificação de decisões jurídicas.

É bem verdade que há descrença por boa parte da doutrina quanto à legitimidade democrática conferida à Corte Constitucional por meio das audiências públicas. Não só em termos teóricos, mas sobretudo em razão da praxe do Supremo quanto à instrumentalização deste instituto. De toda forma, não se pode olvidar que o mecanismo das audiências ultrapassa os limites da decisão a ser proferida.

Quando do processamento da ADPF n. 154, o Ministro Marco Aurélio descreve o caráter misto das audiências públicas, porquanto também judiciais. Desta forma, os trabalhos teriam o condão de convencer os juízes, bem como de conquistar a opinião pública. Ou seja, os argumentos utilizados são de diversas ordens e as repercussões dos debates suplantam a arena judicial.

Nesse sentido, ou seja, quanto à relevância das audiências que transcende a decisão judicial, cite-se Marta Machado e Ana Carolina Bracarense (2016, p. 685):

Além disso, os efeitos da audiência pública não se restringem a seu grau de influência na decisão ou na formação de precedentes. Ela tem efeitos que transcendem a instituição judiciário. Consideramos essa arena aberta pelo judiciário um *locus* de visibilidade importante utilizado pelo movimento social para fazer ressoar no debate público suas posições (Kirchheimer, 1961; Barkan, 183). Dessa forma, o tribunal pode funcionar como palco – *staging area*, na expressão de Kirchheimer (1961:4) – para o confronto entre distintas posições. Trata-se de uma oportunidade para difundir argumentos, conquistar apoiadores e ampliar a adesão à causa.

Com efeito, em nosso entendimento, mesmo considerando interessantes e pertinentes muitas das críticas apresentadas, os diálogos travados em audiências públicas podem contribuir para a formação de uma decisão mais racional e para a construção de uma nova hermenêutica constitucional. Revelam-se, também, como espaço público não necessariamente dominado pela técnica, e, sim, configurado em arena de disputas éticas e morais, com forte apelo social. Ainda, por estarem estas disputas éticas e morais contextualizadas em um processo judicial,volvem-se em arena privilegiada, pois os participantes nelas investem seus argumentos, a fim de conquistar uma decisão favorável. Isto, de certa forma, sofisticou o protagonismo judicial nas democracias contemporâneas.

### 3. APERFEIÇOAMENTO DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS: ADPF 442 E A MINISTRA RELATORA ROSA WEBER

Mais de vinte audiências públicas já foram realizadas no Supremo Tribunal Federal, as quais trataram de matérias diversas, que penduraram entre questões social e moralmente controversas, como quotas no ensino superior e aborto de fetos anencéfalos, e objetos mais técnicos, como importação de pneus usados e bloqueio do uso do *whatsapp*.

Conforme já retratado por este trabalho, a função exercida pelas audiências públicas ainda é controversa. Ora admitem que o instituto permite que se crie um campo deliberativo democrático, aproximando a sociedade civil e Judiciário; ora se entende que as audiências legitimam as decisões judiciais e ora se compreende que o mecanismo fornece subsídios técnicos aos ministros. Em verdade, as audiências acabam por representar um pouco de tudo isso.

Os dados empíricos, contudo, demonstram que os objetivos inicialmente buscados quando da institucionalização do instituto foram parcialmente frustrados, muito em razão da forma como foram arquitetadas pelos ministros relatores. De saída, pode-se afirmar que a presença esmagadora de peritos nestas audiências acaba por substituir a função dos peritos e desvincular-se das expectativas originárias, que seria justamente retratar o pluralismo social, trazendo-o para perto dos palcos judiciais. Ou seja, há pouca diversificação dos atores que frequentam a corte, afetando a democratização esperada. Ainda em relação aos participantes, constata-se que a seleção realizada de forma unilateral pelos ministros relatores nem sempre contam com critérios objetivos, porquanto demasiadamente abertos e imprecisos.

Por conseguinte, o espaço público que deveria configurar-se em troca de argumentos, a fim de favorecer uma decisão justa e racional, estrutura-se em um quadro de contraditório, simplificando os debates, à revelia de posições intermediárias e ponderações.

Não só isso, verificou-se a ausência dos ministros nas audiências públicas, as quais, muitas vezes contavam apenas com a presença do ministro relator. Em que pese a disponibilização de vídeos no *Youtube*, bem como a disponibilização das transcrições dos debates, poucas vezes os argumentos foram mencionados nos votos dos ministros, o que acaba por revelar o pouco reconhecimento que é dado aos diversos atores participantes das audiências.

Todos estes elementos reunidos apontam que o instituto deve ser encarado com maior seriedade pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de configurar-se em retórica, apropriada pelos ministros quando da necessidade de legitimação de suas decisões.

De toda forma, merece atenção a audiência pública convocada pelo Ministra Rosa Weber em relação ao aborto voluntário (ADPF 442). É que a Ministra demonstrou sensibilidade e cuidado quanto à instrumentalização do mecanismo, trazendo inovações ao sistema, que podem contribuir ao aperfeiçoamento das audiências públicas e, quiçá, suprir algumas das deficiências já demonstradas por este e demais trabalhos.

Nesse sentido, vale a observação quanto ao despacho convocatório<sup>2</sup>:

13. A discussão que ora se coloca para apreciação e deliberação desse Supremo Tribunal Federal, com efeito, é um dos temas jurídicos mais sensíveis e delicado, enquanto envolve razões de ordem ética, moral, religiosa, saúde pública e tutela de direitos fundamentais individuais. A experiência jurisdicional comparada demonstra essa realidade. Assim, a complexidade da controvérsia constitucional, bem como o

<sup>2</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AudnciaPblicaADPF442.pdf>. Acesso em: 25 de junho de 2019.

papel de construtor da razão pública que legitima a atuação da jurisdição constitucional na tutela de direitos fundamentais, justifica a convocação de audiência pública, como técnica processual necessária, a teor do art. 6º, §1º, da Lei n. 9.882/99, e dos arts. 13, XVII, e 154, III, parágrafo único, ambos do RISTF. 14. Os interessados deverão manifestar seu interesse em participar da audiência pública pelo endereço eletrônico [adpf442@stf.jus.br](mailto:adpf442@stf.jus.br) até o dia 25 de abril de 2018. 15. A solicitação de participação deverá conter (i) a qualificação do órgão, entidade ou especialista, conforme o caso, (ii) a configuração do requisito da representatividade adequada, (iii) a indicação do expositor, acompanhada de breve currículo de até duas páginas, e (iv) o sumário das posições a serem defendidas na audiência pública. 16. Os participantes serão selecionados, entre outros, pelos seguintes critérios: (i) representatividade, especialização técnica e expertise do expositor ou da entidade interessada e (ii) garantia da pluralidade da composição da audiência e das perspectivas argumentativas a serem defendidas, como forma de se assegurar a legitimidade do processo de tomada de decisão e a utilidade dessa técnica processual para o esclarecimento de dúvidas acerca das diretivas e conteúdos interpretativos da matéria em debate. Ainda, como requisito à habilitação, os postulantes deverão apresentar justificativas que demonstrem capacidade técnica e/ou jurisdicional da sua contribuição para o diálogo sobre a questão. 17. A relação dos inscritos habilitados para participar da audiência pública, bem como a instrução do procedimento a ser seguido e perguntas prévias a serem respondidas será divulgada, mediante decisão monocrática irrecurável, no portal eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

Verifica-se, já pelo despacho da Ministra, que os critérios para a seleção dos participantes são claros e precisos e buscam oportunizar a todos o ingresso neste espaço, a fim de garantir a manifestação da diversidade, na busca de uma deliberação em que vários setores interessados manifestem suas vozes. Neste sentido, a Ministra Rosa Weber explica que o “volume de pedidos inviabiliza a admissão de todos. Os critérios para seleção adotados foram a representatividade técnica na área, atuação ou expertise especificamente na matéria e garantia de pluralidade e paridade da composição da audiência”<sup>3</sup>.

Com efeito, a sensibilidade da Ministra não deixou de ser notada<sup>4</sup>:

O despacho convocatório, a lista de entidades e pessoas habilitadas e os demais documentos ligados à organização desta audiência pública dão indícios de que a ministra relatora da ADPF 442 busca criar um espaço amplo para a participação social e para a deliberação entre os vários setores interessados a se manifestar sobre a questão do aborto voluntário: movimento feminista, profissionais da área de saúde, setores vinculados à luta pelos direitos humanos, estudiosos e acadêmicos nacionais e internacionais, grupos religiosos, bem como instituições públicas ligadas à defesa de direitos.

Cite-se, ainda, como exemplo de inovação cunhada na ADPF 442, a construção de um espaço deliberativo após os debates, a fim de que os grupos, entidades e pessoas participantes pudessem formular e responder questões, favorecendo a troca de argumentos e razões, o que, certamente, vem para aprimorar o instituto constitucional.

Ou seja, em que pesem as críticas, há condições de reverter a aplicação meramente retórica das audiências públicas, quando e se houver interesse efetivo dos ministros envolvidos. Rosa Weber já mostrou o caminho.

<sup>3</sup>Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380450>. Acesso em: 25 de junho de 2019.

<sup>4</sup> Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/audiencias-publicas-no-supremo-merecem-aperfeicoamento-e-inovacao-16072018>. Acesso em: 25 de junho de 2019.

## CONCLUSÃO

As audiências públicas nascem e desenvolvem-se a partir de questionamentos acerca do caráter democrático dos tribunais. Tendo em vista que as cortes não contam com a legitimação do voto ou do mecanismo de *accountability*, os quais são impostos aos poderes Executivo e Legislativo, travam-se debates, a fim de fomentar e construir mecanismos capazes de incrementar a jurisdição constitucional.

Ao instrumento das audiências, portanto, investe-se o caráter de processo deliberativo, por meio do qual a participação social, nos palcos judiciais, levaria à troca de razões e argumentos necessários ao produto da deliberação, qual seja, a boa formação das decisões. Nesse sentido, o mecanismo estaria inserido no contexto teórico habermasiano, uma vez que a audiência pública criaria um espaço institucionalizado de comunicação e participação, adjudicando um estilo dialógico à jurisdição constitucional. Possibilitaria, ainda, a reunião de diversos elementos fáticos e científicos, de modo que o julgamento do processo se daria de maneira mais adequada e com maiores fundamentos. Nesse sentido, acerca dos ensinamentos de Habermas, aduz Karina Pinhão (2018, p. 470):

Para esta teoria, portanto, o método de discussão e decisão coletiva é a única forma de aceder à verdade moral e, somente o consenso real, formado a partir de um amplo debate com poucas exclusões, manipulações e desigualdade, é confiável para o acesso aos mandamentos morais. (...) Diante destes fatores, o agir comunicativo, à que se refere Habermas, compreende uma atividade argumentativa que exige dos membros a assunção das perspectivas uns dos outros e de todos.

Verificou-se, contudo, por meio de pesquisas empíricas acerca das audiências públicas já convocadas e realizadas pelo STF, conforme mencionado no subitem 2.1.2 deste trabalho, que o instituto ainda é desacreditado pelos próprios ministros da Corte, em que pese tenham se manifestado, todos eles, sobre a importância democrática do instituto. Suas análises comprovam que os debates atingem somente o ministro relator e que os argumentos levados na arena do Supremo praticamente não são utilizados pelos juízes. Esta falta de reconhecimento, assim, acaba por levantar críticas e ceticismos em relação ao mecanismo constitucional.

Pode-se, contudo, notar a mudança de postura do Supremo, ainda que tímida, cunhada em um movimento de inovação da Ministra Rosa Weber. Quando da convocação da audiência pública que trata sobre a interrupção da gravidez (ADPF 442), a ministra favoreceu a pluralidade de ingressantes, impediu repetição de argumentos e reconheceu o dever e a responsabilidade da Corte em levar os argumentos coletados em audiência para as suas decisões. Isto aponta para um sinal de transformação e aperfeiçoamento do instituto, que pode, então, levar a jurisdição constitucional a novos patamares dialógicos.

Assim, é evidente que as audiências emergem para aperfeiçoar o desenho institucional de democracia constitucional contemporânea. O instituto consagra a ideia de que a soberania do povo também pode fluir por espaços não majoritários, como é o caso do Supremo Tribunal Federal. É necessário, contudo, que os ministros consigam se abrir ao redimensionamento de suas funções num contexto de Estado Democrático de Direito. Paralelamente, importa que a sociedade também faça uso da cidadania de maneira substantiva, interessando-se pela prática dialógica, inclusive junto ao STF, por meio dos instrumentos disponibilizados, o que, consequentemente, levaria à implementação da participação civil em todos os espaços públicos. Esta dinâmica, de toda forma, já é notada, ainda que sutilmente. E é na insistência que a democracia se fortalece.

Não obstante as dificuldades enfrentadas para a concretização do instituto, para além da legitimidade democrática dentro das cortes, as audiências exercem outro tipo de influência social, que não pode ser desprezada, pois também desenvolve a democracia. É que as audiências, mesmo que não estejam, hoje, exercendo todas as suas potencialidades, funcionam como uma caixa de ressonância de questões moralmente sensíveis. Os debates acabam por alcançar o público externo, ultrapassando os membros e as paredes da Corte, o que também colabora para a elaboração de outros espaços críticos e deliberativos. Ou seja, além de um papel político, há um aspecto simbólico importante. E a democracia também necessita de símbolos.

Esperamos que as audiências públicas representem um espaço deliberativo, resistindo à mera retórica. Esperamos que o instituto não se configure em artifício jurídico teatral. Afinal, o único espetáculo desejável, nesse palco, é o da racionalidade e da justiça.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; GLEZER, Rubens (Org). **A razão e o voto. Diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

BRASIL. ADPF 442. Peças disponíveis em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AudnciaPblicaADPF442.pdf>. Acesso em: 25 de junho de 2019.

BRASIL. ADPF 442. Notícia disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380450>. Acesso em: 25 de junho de 2019.

FILHO, Roberto Fragale. Audiências públicas e seu impacto no processo decisório: A ADPF 54 como estudo de caso. **Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, v. 06, n. 12, 2015, p. 504-535.

GUIMARÃES, Lívia Gil. Audiências públicas no Supremo merecem aperfeiçoamento e inovação. **JOTA**: opinião e análise. Julho de 2018. Disponível em: <http://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/audiencias-publicas-no-supremo-merecem-perfeicoamento-e-inovacao-16072018>. Acesso em: 25 de junho de 2019.

LEAL, Fernando; HERDY, Rachel; MASSADAS, Júlia. Uma década de audiências públicas no Supremo Tribunal Federal (2007-2017). **Revista de Investigações Constitucionais**. Curitiba, v. 05, n.1, p. 331-372, jan/abr.2018.

LIRA, Daiane Nogueira. A audiência pública como instrumento de legitimação da jurisdição constitucional: uma análise a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. **Direito e Justiça**, Ano 3, n. 32. 2012, p. 63-79

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 2.ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 1 e v. 2.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; BRACARENSE, Ana Carolina. O caso do feto anencefálico: direitos sexuais e reprodutivos, confronto e negociação argumentativa no Supremo Tribunal Federal. **Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, v. 07, n.15, 2016, p. 677-714.

MENDONÇA, Ricardo Fabrino. Antes de Habermas, para além de Habermas: uma abordagem pragmatista da democracia deliberativa. **Revista Sociedade e Estado**. v. n, n. 3. Setembro/dezembro, 2016, p.741-768.

PINHÃO, Karina Almeida Guimarães. A inserção das audiências públicas: reforço ou enfraquecimento da legitimidade democrática das decisões do Supremo Tribunal Federal? **Revista Estudos Institucionais**, v. 4, 1, 2018, p. 459-483.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

VESTENA, Carolina (2010). **Participação ou formalismo?** O impacto das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal brasileiro (dissertação de mestrado). Rio de Janeiro: FGV, Mestrado Profissional em Poder Judiciário.

Recebido em: 28 jun. 2019.

Aceito em: 03 dez. 2019.

# O DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO E O VALOR DA INFORMAÇÃO NOS PADRÕES DE PRODUÇÃO E CONSUMO RESPONSÁVEL

**Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira**

Centro Universitário de João Pessoa (UNIPE), Paraíba  
flaviadepaiva@hotmail.com

**Rosilene Paiva Marinho de Sousa**

Centro Universitário de João Pessoa (UNIPE), Paraíba  
adv.rpmarinho@gmail.com

**RESUMO:** Este trabalho tem como escopo analisar a informação como valor nas relações de consumo considerando a teoria do contrato social, com fulcro no desenvolvimento socioeconômico. Para isso, reflete sobre os aspectos que influenciam a cultura do consumismo no século XXI. Busca discorrer sobre desenvolvimento socioeconômico e padrões de produção e consumo responsáveis, com base nos objetivos de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030, questionando-se sobre como a proteção de dados e informações pode influenciar na manutenção do desenvolvimento sustentável. Como metodologia adotar-se-á pesquisa bibliográfica e exploratória. Ao final, examina a obrigação contratual na elaboração e fornecimento de informações a partir de dados existentes, considerando-a como bem no âmbito da atividade negocial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Desenvolvimento socioeconômico. Dados. Valor da Informação. Teoria do Contrato Social. Liberdade Contratual.

*Socioeconomic development and the value of information in responsible production and consumption standards*

**ABSTRACT:** This work is scoped to analyze information as a value in consumable relationships considering the theory of the social contract, with a fulcrum in socioeconomic development. For this, it reflects on the aspects that influence the culture of consumerism in the 21st century. Seeks to discuss socioeconomic development and production standards and consumables, based on the sustainable development goals of agenda 2030, questioning how data and information protection can influence the maintenance of sustainable development. As a methodology, bibliographical and exploratory research will be adopted. At the end, it examines the contractual obligation in the elaboration and provision of information from existing data, considering it as well in the scope of the negotiating activity.

**KEYWORDS:** Socioeconomic development. Data. Value of the information. Social contract theory. Contractual freedom.

## INTRODUÇÃO

Na atualidade, tem-se percebido um crescimento exacerbado na produção de bem de consumo pelas empresas, permitindo ao cidadão o acesso a uma infinidade de produtos e serviços a nível mundial. A oferta desenfreada desses produtos e serviços conduz ao esgotamento de recursos disponíveis a nível mundial, gerando uma preocupação por parte das nações com a preservação dos mesmos, para melhoria nas condições de vida das presentes e futuras gerações.

A Agenda 2030 surge como um plano de ação que envolve todas as pessoas para garantia do desenvolvimento como processo econômico, social, cultural e político abrangente. Nesse sentido, a referida Agenda estabelece objetivos e metas a serem alcançadas e destaca a importância da utilização de dados e informações para o desenvolvimento.

Surge assim, a necessidade das empresas se posicionarem no sentido de atender a proposta do desenvolvimento sustentável, buscando acolher o objetivo de assegurar padrões de produção e consumo sustentáveis. Ao observar esse objetivo sob a ótica da utilização de dados e informações para o desenvolvimento, deve-se levar em consideração a importância dos mesmos diante do uso, tratamento, finalidades e riscos advindos no âmbito das relações de consumo entre as empresas e seus titulares. Diante desse contexto, pode-se questionar: a proteção de dados e informações pode influenciar na manutenção do desenvolvimento sustentável?

Nessa perspectiva, a presente pesquisa busca analisar a informação como valor nas relações de consumo considerando a teoria do contrato social, com fulcro no desenvolvimento socioeconômico. Torna-se necessário uma reflexão sobre os aspectos que influenciam a cultura do consumismo no século XXI. Nesse sentido, busca discorrer sobre desenvolvimento socioeconômico e padrões de produção e consumo responsáveis, com base nos objetivos de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030, em especial das metas estabelecidas no objetivo 12 que visa assegurar padrões de produção e de consumo sustentável. Ao final, examina a obrigação contratual na elaboração e fornecimento de informações a partir de dados existentes, considerando-a como bem no âmbito da atividade negocial.

Do ponto de vista metodológico, trata-se de uma pesquisa bibliográfica e exploratória. A pesquisa bibliográfica consiste na seleção de informações bibliográficas (livros, artigos científicos, documentos, dentre outros), que possam contribuir para explicar o objeto de investigação (HENRIQUES; MEDEIROS, 2017, p.107). Já a pesquisa exploratória segundo Severino (2007, p. 123), “[...] busca levantar informações sobre um determinado objeto, delimitando assim um campo de trabalho, mapeando as condições de manifestação desse objeto”.

Nesse interim, a relevância desta pesquisa reflete-se na importância do tema ao levar em consideração que a proteção sobre dados pessoais possa contribuir no controle do armazenamento, processamento e transmissão de informações que pelo seu valor econômico, causa reflexos direto nas obrigações contratuais no âmbito das atividades negociais, e em particular nas relações de consumo. A observação dessas obrigações sob a ótica da utilização de dados e informações para o desenvolvimento leva em consideração a teoria do contrato social para equalização das relações de consumo, tendo em vista o uso e controle pelas empresas dos dados e informações privadas para obtenção de lucro. Salienta-se que a referida pesquisa abre possibilidade de estudos subsequentes que permitem avaliar a responsabilidade do controlador de dados em face do titular consumidor que muitas vezes desconhece como ocorre o tratamento de dados, suas finalidades e os seus possíveis riscos.

## **1. A CULTURA DO CONSUMISMO NO SÉCULO XXI**

O processo de produção e consumo de bens e serviços em grande escala, está associado às transformações ocorridas pelos desdobramentos de um processo de formação da sociedade industrial, seguida por uma sociedade da informação, em que a capacidade de armazenar, processar e transmitir informações deu nova configuração a quase todas as indústrias. Nas palavras de Bauman (2008, p. 37), “[...] o fenômeno do consumo tem raízes tão antigas quanto os seres vivos - e com toda certeza é parte permanente e integral de todas as formas de vida conhecidas a partir de narrativas históricas e relatos etnográficos”.

Schwartz (2016, p. 33) conceitua o consumo como “[...] uma atividade econômica, tal qual a de produção, distribuição, repartição dos rendimentos e acumulação”. E ainda complementa, esclarecendo que o consumo “[...] consiste na utilização, destruição ou aquisição de bens ou serviços efetuados por famílias, empresas ou agentes econômicos, tornando-se estes consumidores, com vistas à satisfação de suas necessidades”.

Esse transcurso mudou drasticamente o comportamento da sociedade num mundo globalizado em que se tem permitido ao cidadão o acesso a uma infinidade de produtos e serviços em nível mundial, delineando-se assim, os traços característicos de uma sociedade de consumo, marcados pela elevação do nível de vida em face da globalização, abundância de mercadorias e dos serviços, culto dos objetos e dos lazeres, e do materialismo (SCHWARTZ, 2016).

O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC (2018, *online*), expõe que “[...] se o elevado padrão de consumo dos cidadãos dos países desenvolvidos fosse estendido à população mundial, seriam necessários hoje vários planetas Terra para atender a demanda por alimentos e produtos”. Nesse sentido, o IDEC, ainda afirma que os atuais padrões de produção e consumo ameaçam levar o planeta à exaustão de seus recursos afetando a qualidade de vida das pessoas, estimando-se ainda que os indivíduos já consumiram 50% (cinquenta por cento) a mais do que o planeta é capaz de repor.

A busca vigorosa do mercado pela oferta de produtos e serviços tem levado o consumidor à condição de mercadoria vendável. Segundo Bauman (2008, p. 76),

Os membros da sociedade de consumidores são eles próprios mercadorias de consumo, e é a qualidade de ser uma mercadoria de consumo que os torna membros autênticos dessa sociedade. Tornar-se e continuar sendo uma mercadoria vendável é o mais poderoso motivo de preocupação do consumidor, mesmo que em geral latente e quase nunca consciente.

Setores da indústria e do comércio visando lucros exagerados passaram a atuar de forma cada vez mais incisiva, de modo a conduzir os cidadãos à cultura do consumismo. O foco desse consumismo está nos bens e serviços considerados supérfluos em razão de seu significado simbólico e do fenômeno da denominada obsolescência programada. Nesta, há uma renovação na circulação e aquisição de novos produtos pela redução do seu tempo útil, de modo a forçar o consumidor a adquiri-los. Nesse sentido, a cultura do consumismo no século XXI, envolve velocidade, excesso e desperdício.

Segundo Bauman (2008), numa sociedade de consumo, quanto mais fluidos seus ambientes de vida, mais objetos de consumo potenciais são necessários. Ainda conforme o referido autor,

O excesso, contudo, aumenta ainda mais a incerteza das escolhas que ele pretendia abolir, ou pelo menos mitigar ou aliviar - e assim é improvável que o excesso já atingido venha a se tornar excessivo o suficiente. As vidas dos consumidores tendem a continuar sendo sucessões infinitas de tentativas e erros (BAUMAN, 2008, p. 112).

A obsessão desmedida pelo consumismo para a satisfação de desejos pessoal extrapola a esfera do indivíduo e atinge a esfera do social em sua relação com o outrem. Segundo Schwartz (2016), no início da década de 1980 se deu a construção da indústria da mídia social que tem como pano de fundo a exploração do cidadão em face do consumo de produtos informacionais, e menciona as redes sociais como maior base de dados mundial sobre consumidor. Segundo Le Coadic (1996, p. 1),

[...] o rápido desenvolvimento do consumo de produtos informacionais é um fenômeno recente. Eles surgem na esfera da produção e da troca mercantil, dando origem ao que se denominam indústrias da informação e mercado da informação, com seu cortejo de bens, serviços e produtos informacionais, todos com maior ou menor grau

O desenvolvimento socioeconômico e o valor da informação nos padrões de produção e consumo responsável

de informatização. É portanto inegável que a informação se industrializa ao se informatizar cada vez mais.

Isso reflete na busca do consumo voltada para a satisfação de desejos valorizados socialmente, conforme o sistema econômico adotado.

Nesse contexto, percebe-se que o consumismo induzido pela oferta excessiva de produtos e serviços conduz o consumidor a característica da vulnerabilidade, que reconhecidamente tornou-se princípio básico do consumidor no Código de Defesa do Consumidor, tendo por intuito a garantia da igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo.

Marques (2016) destaca como modalidade de vulnerabilidade técnica, a vulnerabilidade informacional, e destaca a necessidade de determinadas informações acompanhar a relação de consumo de maneira clara e precisa.

Pode-se dizer que essa vulnerabilidade, informacional reflete a sociedade caracterizada pelo surgimento de blocos econômicos e pela globalização, pela acessibilidade, rapidez e fluidez do acesso à informação. Nesse contexto, o dever de informar ganha contornos importantíssimos e fundamentais nos tempos atuais, seja no direito civil ou no direito do consumidor, onde sua importância é ainda maior, refletindo-se na proteção legal da vulnerabilidade do consumidor, nos termos do art. 4º, Inciso III, do CDC (SILVA, 2014, p. 81).

Nesse contexto, surge a necessidade de se pensar num desenvolvimento que possa gerar bem estar a todos os indivíduos, buscando prover um consumo consciente e responsável, para as presentes e futuras gerações.

## **2. DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO E OS PADRÕES DE PRODUÇÃO E CONSUMO RESPONSÁVEIS**

A ideia de desenvolvimento surge na Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, ao ficar estabelecido no seu preâmbulo a reafirmação dos povos das Nações Unidas, a sua fé “[...] nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla” (DUDH, 1948, *online*).

A perspectiva do que se compreenderia por desenvolvimento aparece no contexto da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em 1966. Por esse Pacto, estabeleceu-se o direito a autodeterminação dos povos, sendo-lhes assegurados a liberdade de desenvolvimento econômico, social e cultural. Segundo o referido Pacto,

[...] para a consecução dos objetivos estabelecidos, ficou definido que todos os povos podem dispor de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo e do Direito Internacional. (PIDESC, 1966, *online*).

Nesse sentido, o desenvolvimento se fundamenta na razão de uma pauta comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de promover o respeito aos direitos e liberdades e “[...] assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição”.

Contudo, foi a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, oriunda da Resolução 41/128 da Organização das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986, que assentou o ser humano como sujeito central ao determinar que o direito ao desenvolvimento trata-se de um direito humano inalienável, devendo ser considerado participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento. Na referida Declaração surge uma nova concepção, ao apresentar em dimensão macro e micro, o conceito de desenvolvimento como:

[...] um processo econômico, social, cultural e político abrangente cujo objetivo seria melhorar o bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base na sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios dele resultantes (ONU, 1986, tradução nossa, *online*).

Ainda pela referida Declaração, ao levar em consideração que os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis e interdependentes, deve ser dada relevância à implementação, promoção e proteção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, “[...] e que, por conseguinte, a promoção, o respeito e o gozo de certos direitos humanos e liberdades fundamentais não podem justificar a negação de outros direitos humanos e liberdades fundamentais” (ONU, 1986, tradução nossa, *online*).

O termo desenvolvimento sustentável surge no Relatório Brundtland em 1987, denominado “Nosso Futuro Comum”, o qual apontou para uma incompatibilidade entre desenvolvimento sustentável e os padrões de consumo e para uma nova relação entre o homem e o meio ambiente.

Segundo Coutinho e Baracho (2013), o conceito de desenvolvimento sustentável tornou-se reconhecidamente complexo, por sair da esfera do meio ambiente e assumir um significado mais abrangente, incluindo dimensões econômica, política, social, cultural, jurídica e ética.

Essa noção pluridimensional do desenvolvimento sustentável tem como ponto de partida a superação do paradigma de dominação do homem sobre a natureza, que passa a encará-lo como parte do meio ambiente, pelo que se impõe o respeito e o cuidado do ser humano para consigo mesmo e para com o próximo, instituindo um padrão de ética fundamentada na alteridade, isto é, uma ética ambiental cujo alicerce é a responsabilidade, o cuidado e o respeito do homem para consigo mesmo, para com o próximo, para com as outras espécies e, até mesmo, para com os demais componentes abióticos que constituem a biosfera (NALINI, 2015, p. 45).

Do ponto de vista econômico, caracteriza-se como sendo a busca pelo equilíbrio entre a utilização de recursos naturais e a produção de riquezas. Sob a perspectiva política, impõe a adoção de políticas que impliquem em benefícios coletivos para a sociedade presente e futura. No aspecto social, a sustentabilidade consiste no modo de convívio social no qual a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, e a justiça constituem os valores capazes de efetivar uma sociedade solidária e participativa, preocupada e atenta para o bem-estar, não só das presentes, mas das futuras gerações.

A finalidade de se propugnar por tal vertente da sustentabilidade é garantir que o desenvolvimento ocorrerá de forma equilibrada a promover, não apenas a preservação dos recursos naturais, como também a inclusão social com participação democrática dos sujeitos envolvidos nos processos decisórios. O aspecto cultural impõe a compreensão e o respeito mútuo entre as diversas culturas nacionais, blocos comunitários e bases civilizacionais. Na concepção ambiental, a ideia de sustentabilidade traz à tona a preservação dos recursos naturais para as presentes e futuras gerações. Sustentável, portanto, é algo que se mantém equilibrado ao longo do tempo sob uma perspectiva dinâmica, pluridimensional e coletiva. (COELHO; ARAUJO, s/d).

A preocupação com o desenvolvimento sustentável levou os chefes de Estado, na sede das Nações Unidas em Nova York de 25 a 27 de setembro de 2015, a se reunirem com o objetivo

O desenvolvimento socioeconômico e o valor da informação nos padrões de produção e consumo sustentável

de implementarem a denominada Agenda 2030, na qual se definiu os novos objetivos de desenvolvimento sustentável global (AGENDA 2030, 2015). A construção dessa agenda compôs-se de 17 (dezessete) objetivos de desenvolvimento sustentável e 169 (cento e sessenta e nove) metas consideradas integradas e indivisíveis que buscam equilibrar as três dimensões do desenvolvimento sustentável, quais sejam, a econômica, social e ambiental.

Na Agenda 2030, fica definido pelos países signatários o compromisso de,

[...] fazer mudanças fundamentais na maneira como nossas sociedades produzem e consomem bens e serviços. Governos, organizações internacionais, setor empresarial e outros atores não estatais e indivíduos devem contribuir para a mudança de consumo e produção não sustentáveis, inclusive via mobilização, de todas as fontes, de assistência financeira e técnica para fortalecer as capacidades científicas, tecnológicas e de inovação dos países em desenvolvimento para avançar rumo a padrões mais sustentáveis de consumo e produção. Nós encorajamos a implementação do Quadro de Programas sobre Consumo e Produção Sustentáveis, previsto para o prazo de 10 anos. Todos os países tomam medidas, com os países desenvolvidos assumindo a liderança, levando em conta o desenvolvimento e as capacidades dos países em desenvolvimento (AGENDA 2030, 2015, online).

Entre os objetivos de desenvolvimento sustentável, pode-se destacar o de número 12 (doze), que trata de “assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis”, que apresenta como meta a implementação do “[...] Plano Decenal de Programas sobre Produção e Consumo Sustentáveis, com todos os países tomando medidas, e os países desenvolvidos assumindo a liderança, tendo em conta o desenvolvimento e as capacidades dos países em desenvolvimento” (AGENDA 2030, 2015, *online*).

Dentre as demais metas expostas com escopo de assegurar padrões de produção e de consumo sustentável, destacam-se, o incentivo às empresas, especialmente as empresas grandes e transnacionais, a adotar práticas sustentáveis e a integrar informações de sustentabilidade em seu ciclo de relatórios. Outra meta relevante diz respeito à garantia de que “[...] as pessoas, em todos os lugares, tenham informação relevante e conscientização para o desenvolvimento sustentável e estilos de vida em harmonia com a natureza” (AGENDA 2030, 2015, *online*).

Ainda se destaca a importância dos dados e informações no auxílio à mensuração do progresso e desenvolvimento da Agenda 2030, estabelecendo que:

Indicadores estão sendo desenvolvidos para ajudar neste trabalho. Dados desagregados de qualidade, acessíveis, atualizados e confiáveis serão necessários para ajudar na medição do progresso e para garantir que ninguém seja deixado para trás. Esses dados são a chave para a tomada de decisões. Dados e informações disponíveis em mecanismos de comunicação devem ser usados sempre que possível (AGENDA 2030, 2015, *online*).

Nessa perspectiva, a Agenda 2030, esclarece a importância destes em mecanismos de comunicação, devendo estar acessíveis, atualizados e confiáveis. Desta forma, torna-se possível perceber um valor intrínseco, sobretudo na medição do progresso e na equalização entre os países, constituindo-se assim em uma espécie de bem econômico, que pode ser visualizado, inclusive em vários institutos, no âmbito das relações jurídicas de consumo.

No âmbito do ordenamento jurídico constitucional, essa concepção pluridimensional do desenvolvimento sustentável encontra fundamento no art. 170, da CF/1988, que reconhece a livre iniciativa como um dos fundamentos da ordem econômica e que deve servir como fator capaz de assegurar a todos existência digna cuja consecução se concretiza através da preservação do meio ambiente.

### **3. OBRIGAÇÃO CONTRATUAL NO USO DA INFORMAÇÃO COMO BEM ECONÔMICO NA RELAÇÃO DE CONSUMO**

O caráter polissêmico e a sobreposição de conceitos que envolvem dados e informações exige uma análise sobre a definição dos mesmos tornando-se necessário compreendê-los em suas particularidades. Essa compreensão vem tornar possível discutir as obrigações contratuais no âmbito das relações de consumo, sobre aspectos que envolvem o uso, armazenamento, processamento e transmissão, dos dados levando-se em consideração a contribuição da teoria do contrato social para o desenvolvimento socioeconômico.

Pode-se dizer, que segundo Le Coadic (1996), que os dados consistem numa forma de representação composta de informação codificada, que permite coloca-las sobre o processamento eletrônico. No mesmo sentido, Turban (2003), conceitua os dados como uma descrição de coisas, eventos e atividades os quais sozinhos não conseguem se unir e representar algum significado. Em outras palavras, a importância dos dados está em fornecer subsídios para seu tratamento, transmissão e uso, constituindo-se assim, segundo Davenport (1998), matéria prima da informação.

A compreensão sobre o que se entende por dados, por Le Coadic (1996, p. 6), possibilita esclarecer também uma concepção sobre base de dados e banco de dados. Base de dados pode ser compreendida como expressão empregada em informática para descrever os sistemas de gerenciamento desses conjuntos (arquivos) de dados e suas relações. Já banco de dados, envolve as fontes de informação informatizada e dos produtos de informação oriundos dessas fontes e oferecidos a diferentes públicos.

Já no que diz respeito à informação, Capurro (2003) esclarece que não há uma definição única sobre o que significa informação, porém, destaca características essenciais para seu entendimento, a saber, a interpretação da informação; a necessidade de contextualização para permitir a referida interpretação; e, necessidade de uma visão interdisciplinar de seu conceito.

A noção básica de informação que deve ser comum a todas as pessoas está relacionada à mudança intencional da estrutura mental do indivíduo. Segundo Machlup e Mansfield (1983), a informação envolve indivíduos transmitindo e recebendo mensagens no contexto de suas ações possíveis.

Capurro e Hjørland (2007), ao apresentar uma revisão do conceito de informação, esclarecem que se deve ter em mente que informação é o que é informativo para uma determinada pessoa, e o que é informativo depende das necessidades interpretativas e habilidades do indivíduo. No mesmo sentido, Belkim e Robertson (1976, p.198), entendem informação como aquilo que é capaz de alterar uma estrutura, e que a transferência da mesma só ocorre efetivamente, quando se estabelece uma comunicação.

Buckland (1991, p. 352), apresenta a informação dividida em três grupos, a saber, a informação como processo, em que reflete às mudanças ocorridas através do ato de informar; a informação como conhecimento, relacionada ao aspecto do conhecimento comunicado; e, informação como coisa, referindo a tudo que pode ser visto como informativo, sejam objetos, dados, documentos, entre outros, que podem constituir a representação física da informação para fins de compreensão e manipulação.

Ao lançar um olhar sobre dados e informações no contexto das relações de consumo, e na forma como estas se modificaram com o advento da globalização e do consumismo nos últimos anos, torna-se necessário reconhecê-los como valor econômico.

Segundo exposto em Doneda (2010, p. 17) a extração de valor monetário do intenso fluxo de informações pessoais, permite com naturalidade “[...] que a informação assuma grande relevância, tanto como um bem jurídico ou econômico”.

Para compreender a atribuição à informação, de um valor econômico, deve-se levar em consideração a sua condição anterior à troca para que esta possa ocorrer. Nesse sentido, Foucault (1999, p. 263 -264), esclarece que numa troca, para que uma coisa possa representar outra, torna-se necessário que ela exista já carregada de valor:

[...] para que, numa troca, uma coisa possa representar outra, é preciso que elas existam já carregadas de valor; e, contudo, o valor só existe no interior da representação (atual ou possível), isto é, no interior da troca ou da permutabilidade. Daí duas possibilidades simultâneas de leitura: uma analisa o valor no ato mesmo da troca, no ponto de cruzamento entre o dado e o recebido; outra analisa-o como anterior à troca e como condição primeira para que esta possa ocorrer. A primeira dessas duas leituras corresponde a uma análise que coloca e encerra toda a essência da linguagem no interior da proposição; a outra, a uma análise que descobre essa mesma essência da linguagem do lado das designações primitivas - linguagem de ação ou raiz.

Isto implica em considerar que a proteção sobre dados pessoais contribuem no controle da criação, armazenamento, processamento e transmissão de informações que pelo seu valor econômico, causa reflexo direto nas obrigações contratuais no âmbito das atividades negociais, e em particular nas relações de consumo.

Segundo exposto em Doneda (2010), atualmente o consumidor está envolvido num ambiente em que muitas de suas ações estão passíveis de registro e posterior utilização, e que o acesso do fornecedor a esses dados e informações torna capaz de desestabilizar a relação de consumo caracterizando uma nova vulnerabilidade para o consumidor consolidando-se assim, uma nova modalidade de assimetria informacional.

Ainda em Doneda (2010), esclarece-se que o consumidor de hoje existe em um ambiente onde muitas de suas ações são, ao menos tecnicamente, passíveis de registro e de posterior utilização. A abundância da informação passível de ser obtida sobre o consumidor pode caracterizar uma nova vulnerabilidade do consumidor em relação àqueles que detêm a informação pessoal.

Nesse sentido, essa assimetria informacional e a informação como valor econômico não podem ser vistas separadas da visão de proteção dos dados pessoais. Segundo Creso e Santos (2018), os maiores benefícios que se pode obter com a edição de uma lei geral de proteção de dados são a segurança jurídica e o equilíbrio de poder entre titulares dos dados e aqueles que deles se utilizam. Isso devido a quantidades de informações úteis que podem ser geradas em favor das empresas.

No Brasil, foi aprovada recentemente a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, denominada Lei Geral de Proteção de Dados pessoais, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (BRASIL, 2018). Essa lei disciplina a forma como as informações são coletadas e tratadas e contribui para a afirmação, o reconhecimento e a proteção de direitos fundamentais para as presentes e futuras gerações. Isto porque toda atividade humana desenvolvida, cria indicações capazes de serem rastreados, como o preenchimento de cadastros, compras, busca, acesso a mapas digitais, entre outros, que permitem as empresas a obterem meios para conhecer e traçar o perfil dos consumidores. Desse modo, a referida lei exige que as empresas sejam mais transparentes quanto as suas práticas, informando ao consumidor às finalidades que irão justificar cada tipo de dado coletado, criando-se uma cultura do controle que beneficiará as gerações futuras quanto ao tratamento e circulação de seus dados.

Segundo exposto em Doneda (2010, p. 13),

[...] o tratamento de dados pessoais, lícito, leal e transparente, pode ser de interesse do próprio consumidor, à medida em que reflete em uma variedade maior de opções ou no desenvolvimento de produtos e serviços a partir de suas reais necessidades, por exemplo. E é justamente nesse sentido que, aliás, o próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 4º, III, prevê a necessidade de ‘(...) harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico (...)’.

Ao tratar das obrigações contratuais assumidas no âmbito das relações de consumo, no uso das informações como valor econômico, deve-se levar em consideração pela Teoria do contrato social, a função social do contrato em que segundo Negreiros (2006), exige que os contratantes (fornecedores e consumidores), e os terceiros, colaborem entre si, respeitando as situações jurídicas anteriormente constituídas.

Perlingieri (2002, p. 226), esclarece que em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social, e ao pleno desenvolvimento da pessoa, conforme previsto no artigo 2º da Constituição, “[...] o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se fundam o ordenamento”.

O contrato, segundo Roppo (2009, p. 11) pode ser compreendido como “[...] veste jurídico-formal de operações econômicas. Donde se conclui que onde não há operação econômica, não pode haver também contrato”. Ainda conforme o referido autor,

[...] aquele que celebra um contrato, bem pode prosseguir, subjetivamente, um interesse não econômico (mas sim ideal, moral, cultural), sendo certo que o resultado objetivo do contrato deve, ao invés, consistir na obrigação de fazer ou dar qualquer coisa susceptível de expressão pecuniária segundo os valores do mercado, e, portanto, numa qualquer forma de circulação de riqueza, em suma numa operação econômica.

No entendimento de Perlingieri (2002), a visão jurídica da informação como bem e serviço, contribui para justificar o seu papel social. E esclarece que a visão da informação como bem jurídico requer uma solução de direito positivo que demanda que a informação tenha uma utilidade socialmente apreciável e encontre no ordenamento uma avaliação em termos de merecimento da tutela. O referido autor ainda esclarece que:

Em linha de princípio, não parece que se possa excluir que essa avaliação tenha como referência, em via prevalente ou exclusiva, a informação em si. É necessário estabelecer uma relação mais realista e corrente entre o contendor – documento ou suporte, no seu intrínseco valor (como coisa) – e o seu conteúdo (a notícia ou a ideia), sem insistir anacronicamente, por um lado, somente na proteção do contendor, quase sempre de utilidade pouco relevante, e, por outro lado, no redimensionamento continuado do valor do conteúdo, que às vezes somente indiretamente, considera-se juridicamente relevante, enquanto que tutelado seria o contendor a ele indissolivelmente relacionado.

Em outras palavras, há uma necessidade de estabelecer uma relação de proteção entre quem detêm a informação e o seu titular. Indo mais além, o referido autor faz referência aos bancos de dados, afirmando que, no modo onde os dados são recolhidos e elaborados, “[...] de maneira que combinam mais informação, selecionando com base nos critérios e exigências diversas produz-se uma informação-resultado suscetível de ser colocada no mercado para os usos mais variados possíveis”, e que em relação a esse procedimento, apresenta-se uma série de problemas, ligados inclusive à privacidade, que vão desde acesso a informações pessoais, perpassando utilização de informações para finalidades diversas da inicialmente previstas até a proibição de comercialização de informações, cuja solução depende dos interesses e valores envolvidos (PERLINGIERI, 2002, p. 240).

Dessa forma, a observação dessas obrigações sob a ótica da utilização de dados e informações para o desenvolvimento leva em consideração a teoria do contrato social para equalização das relações de consumo, tendo em vista o uso e controle pelas empresas dos dados e informações privadas para obtenção de lucro.

Essa equalização da relação de consumo, por meio da proteção de dados pessoais contribui para utilização das informações geradas a partir dos dados, no asseguramento dos padrões de produções e consumo sustentável, no sentido da manutenção do bem-estar das presentes futuras gerações na sociedade de consumo.

## CONCLUSÃO

A importância de se discutir a proteção dos dados pessoais frente ao uso e a destinação que se lhe se atribui, e com a informação produzida a partir deles, permite relevar essa última à qualidade de valor econômico.

Esse valor econômico atribuído à informação surge da importância da circulação da mesma na sociedade, em face do consumismo gerado partir de um mundo globalizado que produz bens e serviços em grande quantidade, que chega inclusive, a comprometer a metade dos recursos disponíveis para manutenção da vida no planeta.

Visando responder ao questionamento sobre como a proteção de dados e informações, pode influenciar na manutenção do desenvolvimento sustentável, enfatizou-se que a Lei Geral de Proteção de Dados exige das empresas transparência quanto as suas práticas. As referidas empresas devem informar ao consumidor suas finalidades e buscar criar uma cultura do controle sobre o tratamento e circulação de dados e informações, respeitando os padrões de produção e consumo responsáveis, que beneficiará as gerações futuras.

Observa-se, portanto, a necessidade de que o uso dos dados e informações ocorra de forma a assegurar padrões de produção e consumo responsáveis, com o intuito de atender objetivos previstos na Agenda 2030, o que representa uma equalização da relação de consumo, existente entre produtores e titulares dos dados.

Essa equalização pode se dar, levando-se em consideração a aplicação da teoria social do contrato às obrigações contratuais assumidas na busca da melhoria do bem estar de todas as nações, para que se possa contribuir para o desenvolvimento como direito humano, na realização e na promoção do respeito aos direitos e liberdades fundamentais.

## REFERÊNCIAS

AGENDA 2030. **Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development**, 2015. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld>. Acesso em: 25 ago. 2018.

BAUMAN, Zygmunt, **Vida para Consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BELKIN, Nicholas J.; ROBERTSON, Stephen E. Information Science and the phenomenon of information. **Journal of the American Society of Information Science**, July-August, 1976. p. 197-204.

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

BRASIL. **Lei nº 13.709**, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Diário Oficial da união em 15 de agosto de 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 29 ago. 2018.

CAPURRO, Rafael. Epistemologia e Ciência da Informação. In: Encontro Nacional de Pesquisa em Ciência da Informação – **Enancib**, 5., 2003, Belo Horizonte. Anais... Belo Horizonte: ECI/UFMG, 2003.

CAPURRO, Rafael; HJØRLAND, Birger. O conceito de informação. **Perspectivas em Ciência da Informação**, Belo Horizonte, v. 12, n. 1, p. 148-207, jan./abr. 2007.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; ARAÚJO, André Fabiano Guimarães de. **A sustentabilidade como princípio constitucional sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social**: para além do ambientalismo e do desenvolvimentismo. Disponível em: [https://mestrado.direito.ufg.br/up/14/o/artigo\\_prof\\_saulo.pdf](https://mestrado.direito.ufg.br/up/14/o/artigo_prof_saulo.pdf). Acesso em: 03/03/2016.

COUTINHO, Ana Luíza; BARACHO, Hertha Urquiza. A Efetividade do Princípio da Capacidade Contributiva como Requisito para o Desenvolvimento Fiscal Sustentável. In: ALBUQUERQUE, Armando et al. **Direito e Desenvolvimento Sustentável**: desafios e perspectivas. Curitiba: Juruá, 2013. p. 149-163.

DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia. In. BRASIL. **Escola Nacional de Defesa do Consumidor**. Brasília: SDE/DPDC, 2010.

DUDH. **Declaração Universal dos Direitos Humanos 1948**. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. USP – Universidade de São Paulo. 1948. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em: 29 ago. 2018.

FOUCAULT, Michel. **As Palavras e as Coisas**: uma arqueologia do saber humano. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HENRIQUES, Antônio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia Científica na Pesquisa Jurídica**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

IDEC. Consumo Sustentável: o que fazer por nós e pelo planeta. 2018. Disponível em: <http://www.idec.org.br/uploads/publicacoes/publicacoes/folheto-consumo-sustentavel.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2018.

LE COADIC, Yves-François. **A ciência da informação**. Brasília, DF: Briquet de Lemos/Livros, 1996.

MACHLUP, Fritz; MANSFIELD, Una. (Ed.). **The study of information**: Interdisciplinary messages. New York, NY: Wiley, 1983.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEN, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NALINI, José Renato. **Ética Ambiental**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

O desenvolvimento socioeconômico e o valor da informação nos padrões de produção e consumo responsável

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ONU. **Resolução nº 41/128**, de 04 de dezembro de 1986. Declaration on the Right to Development. 1986. Disponível em: <http://www.un.org/documents/ga/res/41/a41r128.htm>. Acesso em: 29 ago. 2018.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: renovar, 2002.

PIDESC. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)**. Adotada pela Resolução n.2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. USP – Universidade de São Paulo. 1966. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o/pacto-internacional-dos-direitos-economicos-sociais-e-culturais-1966.html>. Acesso em: 29 ago. 2018.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

SCHWATZ, Fabio de Souza. **Hiperconsumismo & Hiperinovação**: combinação que desafia a qualidade da produção, análise crítica sobre o aumento dos Recalls. Curitiba: Juruá, 2016.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 23. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, Juliana Pereira da (Coord.). **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014.

TURBAN, Efraim; RANIER JR., R. Kelly; POTTER, Richard E. **Introdução a Sistemas de Informação**: uma abordagem gerencial. Tradução Daniel Vieira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

Recebido em: 13 jul. 2019.

Aceito em: 12 dez. 2019.

# RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA

**Regina Beatriz Tavares da Silva**

Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), Ceará  
academico@reginabeatriz.adv.br

**RESUMO:** O presente artigo trata da aplicabilidade dos princípios e requisitos da responsabilidade civil diante do descumprimento de dever familiar, proveniente do casamento, da união estável e da relação entre pais e filhos. Faz-se uma análise da evolução desse tema e se aclaram os equívocos da resistência inicial à aceitação da responsabilidade civil nas relações familiares até chegar na forma como o tema tem sido reconhecido pela jurisprudência brasileira. No desenvolvimento do artigo é destacada a importância do preenchimento dos requisitos ou pressupostos da responsabilidade civil, com base na Parte Geral do Código Civil de 2002 (art. 186), assim como do fundamento da responsabilidade subjetiva, que é a culpa. Também é salientado que o dano moral, na maioria das vezes, resulta de ofensa aos direitos da personalidade dos entes familiares envolvidos e não pode ser resultado da mera falta de afeto, já que esse sentimento não constitui dever ou direito. Conclui-se que os princípios da responsabilidade civil são aplicáveis sempre que estejam presentes o descumprimento de dever familiar, o dano moral ou material e o nexo causal entre a violação de dever familiar e os danos.

**PALAVRAS CHAVE:** Direito de família. Responsabilidade civil. Casamento. União estável. Código Civil Brasileiro,

## *Civil liability in family relations*

**ABSTRACT:** This article deals with the principles and requirements applicability of civil liability in face of noncompliance with family legal duty, arising from marriage, stable union and the relations between parents and children. Analysing the evolution of this theme is made and the misunderstandings of the initial resistance to the acceptance of civil liability in family relationships are clarified until it reaches the way in which the theme has been recognized by Brazilian jurisprudence. In the development of the article, the importance of fulfilling the requirements or assumptions of civil liability, based on the General Part of the Civil Code of 2002 (art. 186), as well as the basis of subjective liability, which is guilt. It is also emphasized that moral damage, in most cases, results from an offense to the personality rights of the family members involved and cannot be the result of a mere lack of affection, since this feeling is not an obligation or a right. It concludes that the principles of civil liability are applicable whenever the breach of family legal duty, moral or material damage and the causal link between the violation of family legal duty and damages are present.

**KEYWORDS:** Family law. Civil liability. Marriage. Union Stable. Brazilian Civil Code.

## INTRODUÇÃO

A aplicação dos princípios da responsabilidade civil nas relações de família, cuja aceitação no passado sofria resistência, teve grande evolução nas três últimas décadas no Direito Brasileiro.

A evolução dessa matéria deveu-se muito mais ao trabalho da doutrina, que apoiou a jurisprudência, do que à legislação propriamente dita.

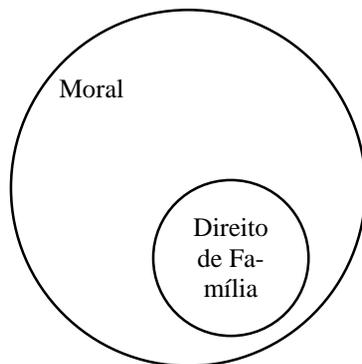
Após interpretação doutrinária, acolhida na jurisprudência desde a década de 2000, de que a regra geral sobre ato ilícito, constante da Parte Geral do atual Código Civil (art. 186), aplica-se ao Livro do Direito de Família, sendo indenizáveis os danos acarretados nas relações familiares, a legislação passou a prever somente no ano de 2019, expressa e amplamente, que os danos morais e materiais decorrentes de violência doméstica são indenizáveis.

Portanto, a grande vitória brasileira é a proteção que os Tribunais, com base doutrinária interpretativa da regra geral da responsabilidade civil, dão aos familiares há duas décadas, em caso de danos morais e materiais nas mais diversas hipóteses, tutela que, saliente-se, é realizada sem ativismo judicial e com acatamento das regras de hermenêutica.

## 1. MORAL E FAMÍLIA

Quando se trata da relação entre Direito e Moral, é utilizado recurso didático de representação em forma de círculos a coincidir ou não.

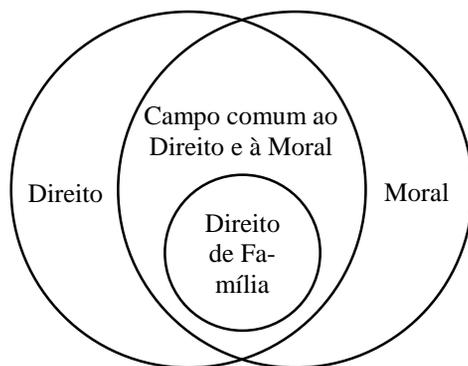
Uma das teorias é a que Miguel Reale intitula de “Teoria do Mínimo Ético”, em que todo o Direito está contido no círculo da Moral, de modo que se entende ser o Direito coincidente com a Moral<sup>1</sup>. Essa teoria aplica-se ao Direito de Família, inobstante não possa ser utilizada em todos os ramos do Direito. Pode-se concluir que os dois círculos, da Moral e do Direito de Família, são concêntricos, como a seguir desenhado.



Outra teoria é a dos círculos secantes, que Miguel Reale apresenta como correspondente à concepção real<sup>2</sup>. Nesta teoria, embora centrados em pontos diferentes, há um campo de intersecção entre o Direito e a Moral. É neste espaço em que ambos coincidem que o Direito de Família deve estar localizado.

<sup>1</sup> REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.42.

<sup>2</sup> Ibidem, p.43.



Essas simbolizações gráficas demonstram que no Direito de Família as suas normas estão repletas de moralidade. É nos espaços comuns à Moral e ao Direito que se situa o Direito de Família, que se inspira nos conceitos morais, formando com a Moral círculos concêntricos.

Por isso a moralidade das relações familiares deve estar presente em todas as formas de expressão do Direito de Família: a lei, a doutrina e a jurisprudência.

Na Moral e no Direito reside a firme ideia de que o descumprimento de dever familiar, seja oriundo do casamento ou da união estável, seja decorrente da relação entre pais e filhos, ao gerar danos morais e materiais ao ofendido necessita de reparação.

No entanto, não nos podemos olvidar que um dever moral, quando descumprido, recebe sanções somente no plano da consciência de quem lesa e reprovação dos pares sociais, e, quando se trata de dever jurídico, seu descumprimento leva a aplicação de sanções previstas no ordenamento legal. Entre estas sanções jurídicas destaca-se a aplicação dos princípios da responsabilidade civil nas relações de Família, que é o tema deste artigo.

## 2. VISÃO SUPERADA DAS RELAÇÕES FAMILIARES COMO REGIME DE EXCEÇÃO NA APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Muito embora estejam superadas as resistências na aplicação dos princípios da responsabilidade civil nas relações familiares, historicamente é de recordar que havia uma visão de que essas relações seriam voltadas a um regime de exceção ou de imunidade, de modo que a violação dos deveres do casamento, assim como dos deveres oriundos de outras relações de família, não deveria originar a condenação daquele que praticava ato ilícito<sup>3</sup>.

Segundo essa visão, a paz e a harmonia familiar seria perturbada se um familiar tivesse de reparar os danos causados ao outro. Na doutrina argentina da época encontramos argumentos que eram usados ao redor do mundo, inclusive no Brasil: seria indigna a pretensão de lucro com a própria desonra<sup>4</sup> e a reparabilidade de danos daria margem a propósitos de vingança e lucro e

<sup>3</sup> BASSET, Ursula Cristina. El fundamento de la admisibilidad de los daños y perjuicios en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino. *In* Família e Pessoa : uma questão de princípios. TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz e BASSET, Ursula (Coord.), São Paulo: YK, 2018, p. 701 a 715. V. PINHEIRO, Jorge Duarte. O núcleo intangível da comunhão conjugal. Coimbra: Almedina, 2004, p. 529/575.

<sup>4</sup> Cf. BORDA, Guillermo A. Tratado de derecho civil: familia. 7ª ed. Buenos Aires, Ed. Perrot, 1984, v. I, p. 549 a 551.

resultaria difícil a avaliação das causas de divórcio que verdadeiramente acarretassem danos morais<sup>5</sup>.

Especialmente em matéria de casamento dizia-se que as relações conjugais teriam natureza íntima, que não poderia ser devassada num processo judicial, de modo que o cônjuge deveria tolerar as agressões que lhe viessem a ser praticadas, inclusive porque questões triviais não deveriam ser levadas ao Tribunal.

Essa visão era justificada pelos costumes da época em que a paz ou harmonia familiar deveria ser mantida mesmo que por meio de ficção jurídica, de modo a ser evitada a dissolução conjugal. Entendia-se que os desgostos e as humilhações deveriam ser cuidadosamente sopesados antes do divórcio, passo transcendental na vida, de forma que a aceitação da indenizabilidade avalizaria o permissivismo divorcista que invadia a sociedade. E, ainda, dizia-se que o Direito Penal já preveria as punições atinentes aos ilícitos praticados na esfera familiar, assim como que o sistema do divórcio já comportaria as medidas adequadas.

Porém, a reparabilidade dos danos causados em relações familiares passou a ser acolhida não para endossar o permissivismo divorcista ou o espírito de emulação, mas, sim, para oferecer a justa indenização a quem sofre danos morais e materiais numa relação familiar.

Efetivamente, a paz ou harmonia já se encontra perturbada quando ocorre a violação de deveres familiares; estes deveres têm natureza jurídica e não somente moral, de modo que diante de seu descumprimento cabe a aplicação de sanção; todas as relações familiares são íntimas, assim, esse argumento impediria qualquer ação judicial entre membros de uma família, como uma ação de alimentos ou de guarda e visitação de filhos incapazes; a ninguém é permitido violar direito da personalidade, de modo que a ninguém pode ser imposta a tolerância face ao descumprimento de dever familiar; as questões triviais não geram danos indenizáveis e a litigância abusiva deve ser combatida; o direito penal tem instrumentos que não reparam todos os danos acarretados por violação a dever numa relação familiar; e o regime do divórcio não é suficiente, já que a sanção da perda do direito a alimentos prevista a quem descumpre dever conjugal não tem natureza reparatória<sup>6</sup>.

Por essas razões, no Direito de Família brasileiro está superada aquela visão, aplicando-se em todas as relações familiares os princípios da responsabilidade civil. Aqui, vale a pena observar que a corrente que tenta, após essa superação, impedir a aplicação dos princípios da reparação de danos, defende a desjuridicização da família, inclusive com alcance amplo e além do tema deste artigo. Como alerta Ursula Basset, somente a partir de uma família “des-familiarizada” e “individualizada” poder-se-ia conceber a sua irrelevância jurídica<sup>7</sup>, ideia esta que é despregada da realidade e que, no Brasil, não tem a guarida jurisprudencial.

Afinal, a vida em sociedade, em especial em seu núcleo essencial que é o familiar, precisa de organização nas relações entre as pessoas, sendo essa ordem realizada pelo Direito, que é o “conjunto ordenado de princípios e regras tendentes a viabilizar a vida em sociedade”, como ensina Carlos Alberto Bittar. Assim, em face das exigências naturais da vida em família, diante

---

<sup>5</sup> Cf. RINESSI, /Antonio J. Responsabilidad derivada del divorcio, in La responsabilidad. Coord. ALTIERI, Atílio Anibal e López Cabana, Roberto M. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997, p. 573 e 574.

<sup>6</sup> Código Civil brasileiro, art. 1.704.

<sup>7</sup> BASSET, Ursula Cristina. El fundamento de la admisibilidad de los daños y perjuicios en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino. In Família e Pessoa : uma questão de princípios. TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz e BASSET, Ursula (Coord.), São Paulo: YK, 2018, p. 701 a 715.

de uma ação lesiva a um direito, surge a possibilidade de reparação dos danos acarretados ao lesado para restabelecer o equilíbrio pessoal e familiar rompido<sup>8</sup>.

Há de ser lembrado, neste passo, Boris Starck, em pensamento atualíssimo, que, expressado nos idos da primeira metade do século passado, deve ser resgatado para que não seja perdido num mar de supostas inovações sem base jurídica:

O direito não encontra razão de ser nele mesmo: não é uma matemática abstrata ou uma metafísica. Nenhuma concepção jurídica, por mais elevada que seja, por mais nobre que seja o sentimento que a anima, tem valor se perder o contato e o controle das realidades existentes. O direito é uma ciência natural. Sua missão é coordenar, num sistema logicamente aceitável e tecnicamente utilizável, os dados da vida social, isto é, as necessidades econômicas, os imperativos morais, a aspiração de justiça (tradução nossa)<sup>9</sup>.

Até a década de 1990, era incipiente a aplicação da responsabilidade civil nas relações de família, com poucos acórdãos sobre o tema, como examinado em tese de doutoramento apresentada no ano de 1998, perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em defesa dessa aplicabilidade<sup>10</sup>.

As indevidas resistências à aplicação do instituto da responsabilidade civil nas relações familiares estão vencidas no Direito Brasileiro, tendo sido proferido relevante número de acórdãos com o seu acolhimento após a necessária sistematização doutrinária da matéria.

As Cortes Superiores e os Tribunais estaduais, a partir da década de 2000 apresentam crescente aplicação do instituto, em inúmeros julgados, como se verá em cada capítulo deste artigo.

### **3. REGRA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA E SEU FUNDAMENTO CULPOSO**

No Direito Brasileiro, tanto sob a vigência do Código Civil de 1916 (art. 159), como sob o Código Civil de 2002 (art. 186), é na Parte Geral desse Diploma Legal que se encontra o fundamento da responsabilidade civil.

Na conformidade dessa regra geral sobre o ato ilícito, que consta do art. 186 do Código Civil vigente: *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito e causar prejuízo a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*

Já que essa regra geral está na Parte Geral do Código Civil, sua aplicabilidade existe em todos os Livros desse Diploma Legal, inclusive ao Livro do Direito de Família.

Esse é o fundamento da condenação do membro de uma família no pagamento de indenização a outro membro da família pela prática de ato ilícito.

Tendo em vista a natureza contratual do casamento e da união estável, que se formam e se desfazem por atos de vontade, mesmo diante da solenidade que deve permear a constituição

<sup>8</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. Atual. Eduardo Carlos Bianca Bittar. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 13.

<sup>9</sup> STARCK, Boris : *Essai d'une theorie générale de la responsabilité civile considéré en sa double fonction de garantie e de peine privée*. Paris : L. Rodstein, 1947, p. 496.

<sup>10</sup> SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 163 a 165.

e a dissolução do casamento, entende-se que a responsabilidade civil nessas relações é do tipo contratual. Neste trabalho, adota-se a corrente contratual.

Não há, no entanto, consenso na doutrina acerca da natureza do casamento. Acerca desta natureza, existem três correntes no direito brasileiro que buscam defini-la: a contratual, a institucional e a eclética<sup>11</sup>.

E nas relações entre pais e filhos a responsabilidade civil enquadra-se como extracontratual.

Mas, sempre, o fundamento é a culpa em sentido largo, ou seja, o dolo, que é a vontade deliberada de causar dano, e a culpa em sentido estrito, configurada na negligência, na imprudência e na imperícia.

Na maior parte das vezes, o dolo fundamenta a aplicação dos princípios da responsabilidade civil nas relações de família, já que, a título de exemplo, um cônjuge não é infiel por imperícia, ou agride moral ou fisicamente seu consorte por negligência, ou abandona o filho por imprudência, ou pratica a alienação parental do outro genitor por culpa em sentido estrito.

No entanto, a culpa em sentido estrito também deve ser considerada, havendo casos de inexistência de dolo, ou seja, vontade deliberada de causar o prejuízo, em que é perfeitamente cabível a aplicação dos princípios da responsabilidade civil, pela existência de culpa em sentido estrito, como é o caso da mulher que atribui a paternidade ao marido, inclusive pela norma da presunção legal da relação de filiação (CC, art. 1.597, I), tendo tido relações sexuais com outro homem no período fértil<sup>12</sup>. É evidente que, se uma mulher tem relações sexuais com dois homens no mesmo período fértil, deve levantar a dúvida sobre a paternidade, sendo culposa a atribuição da paternidade ao marido antes da realização de exame de DNA.

Em suma, a responsabilidade civil nas relações de família enquadra-se como responsabilidade subjetiva, que não prescinde da apuração da culpa, conforme a regra geral constante do art. 186 do Código Civil.

Portanto, não se trata de responsabilidade objetiva, espécie em que não se examina a culpa, bastando uma ação ou omissão (culposa ou não culposa), o nexa causal e o dano, porque este tipo de responsabilidade deve estar expressamente prevista em norma legal específica ou ser resultado da atividade perigosa do agente, como estabelece o art. 927, parágrafo único do Código Civil: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”.

---

<sup>11</sup> A respeito das três correntes, vide: MONTEIRO, Washington de Barros e TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Curso de direito civil: direito de família, v. 2. 43. ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 60 a 63. E também: MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito de Família*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 98 a 99.

<sup>12</sup> Cite-se, a propósito, toda a jurisprudência brasileira referida na nota de rodapé nº 27, sobre a condenação da mulher que atribui indevidamente a paternidade ao marido. Cite-se, também, o acórdão espanhol (sentencia núm. 629/2018 do Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo) sobre o recurso de casación núm. 3275/2017, que, além de ser uma decisão estrangeira, demonstrou total desapego à regra da responsabilidade civil constante do art. 1.902 do Código Civil espanhol ou, *data venia*, não soube interpretar esse dispositivo legal, e, por consequência, equivocou-se ao afirmar que o dano causado pela indevida atribuição pela mulher de filho havido de relacionamento sexual com outro homem ao marido não seria oriundo de culpa e não deveria ser indenizável mediante o exercício das ações próprias da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, a partir de um juízo de moralidade indubitavelmente complexo».

A consciência no descumprimento de dever conjugal, que é o discernimento no comportamento culposos é elemento essencial da responsabilidade civil. Desse modo, a pessoa com deficiência mental não pratica ato ilícito por não ter consciência de sua conduta.

Note-se que o conceito de culpa no Direito é muito semelhante ao conceito de culpa na Psicanálise, teoria que analisa as manifestações mentais e emocionais sob o ponto de vista científico e as explica relacionando as influências estruturais às convencionais ou ambientais<sup>13</sup>.

No Direito, a culpa pode ser conceituada como o descumprimento consciente de norma de conduta que sujeita o infrator ao dever de reparar os danos que acarretou.

Na Psicanálise, a culpa é um sentimento essencial para estabelecer limites e possibilitar o convívio, que propicia a aceitação da ética e das regras impostas pela cultura de cada povo, limitando os impulsos instintivos, tendo relevante significado nos relacionamentos interpessoais e nos comportamentos sociais<sup>14</sup>.

E a reparação, na Psicanálise, é elemento essencial na integração da pessoa, com duplo sentido, de controle do sentimento destrutivo e restauração pelos danos causados<sup>15</sup>, assim como no Direito tem natureza pedagógica a possibilitar a melhor convivência social.

Portanto, no Direito e na Psicanálise há relevante identificação das funções da culpa e da reparação, já que aquela serve ao controle das condutas e dos impulsos destrutivos e esta apresenta-se como forma e anseio de recompensar quem foi prejudicado<sup>16</sup>.

Assim, não há qualquer apoio na Psicanálise e no sentimento do afeto, sentimento este que permeia as relações familiares, para a supressão da culpa nas relações de família. Aliás, a inexistência do sentimento de culpa e de reparação é um grave distúrbio segundo a Psicanálise, sendo classificado como psicopata quem não se sente culpado por seus atos e não quer reparar os danos que causou.

Retomando-se o princípio da afetividade nas relações de família, é evidente que diante de violação a dever familiar o afeto não mais existe, não sendo esse sentimento que remediará o dano causado.

Cite-se, a propósito, a doutrina prefacial da Ministra Nancy Andrighi:<sup>17</sup>

A Família – mergulhada em situação conflituosa pelo seu desmantelamento – necessita da tutela do Direito, para fazer valer os deveres e responsabilidades assumidos quando de sua constituição. Se o afeto deixou de existir e fez erguerem-se barreiras de tormento e rancor entre os outrora enamorados, é salutar que, com o fim do almejado sentimento, não seja varrida também a correspectiva reparação do dano subjacente à quebra de regras de convivência, que tenha acarretado sofrimento pungente ao espírito e ao físico do lesionado.

<sup>13</sup> FENICHEL, Otto. Teoria psicanalítica das neuroses. Tradução Samuel Penna Reis, Rio de Janeiro: Edições Atheneu, 1981, p. 1 a 7.

<sup>14</sup> KLEIN, Melanie e RIVIERE, Joan. Amor; ódio e reparação: as emoções básicas do homem do ponto de vista psicanalítico. Tradução de Maria Helena Senise. 2ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Imago/Universidade de São Paulo, 1975, p. 91.

<sup>15</sup> SEGAL, Hanna. Introdução à obra de Melanie Klein. Tradução de Mirtes Brandão Lopes. São Paulo: Editora Nacional, 1996, p. 80 a 90.

<sup>16</sup> KLEIN, Melanie e RIVIERE, Joan, obra citada, p. 94.

<sup>17</sup> In TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Divórcio e Separação após a EC n. 66/2010. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.11 a 13.

## 4. A VIOLAÇÃO A UM DIREITO COMO REQUISITO DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA

### 4.1. Casamento e união estável

O Código Civil brasileiro, no art. 1.566, incisos I a V, estabelece os seguintes deveres conjugais: fidelidade, coabitação ou vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência moral e material, respeito e consideração mútuos, sustento, guarda e educação dos filhos. Esse mesmo diploma legal estabelece, no art. 1.724, os deveres dos companheiros, ou seja, aqueles oriundos da união de fato, que é chamada de união estável: deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos<sup>18</sup>.

Neste ponto, atinente aos deveres oriundos do casamento e da união estável, seu descumprimento, que equivale à violação de um direito, é requisito essencial da responsabilidade civil.

Note-se que o descumprimento de dever do casamento não é requisito da dissolução conjugal desde o advento da Lei n. 6.515 de 26/12/1977, que modificou o sistema adotado pelo Código Civil de 1916 em que somente cabia o pedido unilateral de dissolução da sociedade conjugal mediante a comprovação da conduta culposa por violação dos deveres conjugais (art. 317, incisos I a IV), introduzindo, ao lado da espécie culposa, a espécie dissolutória pela mera ruptura dos laços conjugais<sup>19</sup>.

Em sequência, no ano de 2010, a Emenda Constitucional do Divórcio alterou a redação do art. 226, § 6º da Lei Maior, e suprimiu os prazos antes existentes de separação judicial ou extrajudicial por um ano e de separação de fato por dois anos para possibilitar o divórcio direto, mas não suprimiu a dissolução culposa, baseada no descumprimento dos deveres conjugais<sup>20</sup>.

Portanto, existem espécies dissolutórias por pedido unilateral previstas no Código Civil de 2002, devidamente interpretadas como recepcionadas pela Emenda Constitucional 66 de 2010, que são a espécie ruptura, em que basta o rompimento do casamento, independentemente

<sup>18</sup> V. MONTEIRO, Washington de Barros e TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Curso de direito civil: direito de família, v. 2. 43. ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 223-243 e 89-92, que analisam detalhadamente cada um desses deveres.

<sup>19</sup> Lei 6.515, de 26/12/1977, art. 5º, parágrafo 1º, que iniciou a modificação do sistema anterior de condicionamento da dissolução conjugal à culpa, com prazo de duração do rompimento da vida em comum de 5 anos, para, depois, passar a prever em 1992 o prazo de 1 ano, até que em 2003, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, foi suprimido o prazo de separação de fato conjugal, para possibilitar amplamente a dissolução fundada na mera ruptura da vida conjugal.

<sup>20</sup> Explica-se: a separação judicial e extrajudicial convive com o divórcio no Direito Brasileiro, tendo sido vencida a ideia de que a primeira, que dissolve a sociedade conjugal sem dissolução do vínculo matrimonial não teria sido recepcionada pela Constituição Federal após a EC 66/2010, conforme previsão legal expressa no Código de Processo Civil de 2015 e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: *RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/10. DIVÓRCIO DIRETO. SEPARAÇÃO JUDICIAL. SUBSISTÊNCIA. 1. A separação é modalidade de extinção da sociedade conjugal, pondo fim aos deveres de coabitação e fidelidade, bem como ao regime de bens, podendo, todavia, ser revertida a qualquer momento pelos cônjuges (Código Civil, arts. 1571, III e 1.577). O divórcio, por outro lado, é forma de dissolução do vínculo conjugal e extingue o casamento, permitindo que os ex-cônjuges celebrem novo matrimônio (Código Civil, arts. 1571, IV e 1.580). São institutos diversos, com conseqüências e regramentos jurídicos distintos. 2. A Emenda Constitucional nº 66/2010 não revogou os artigos do Código Civil que tratam da separação judicial. (STJ, 4ª Turma, REsp 1247098/MS, Relatora Ministra Isabel Gallotti, j.14/03/2017) V. TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Divórcio e Separação após a EC n. 66/2010, São Paulo: Saraiva, 2ª ed. 2012.*

de separação de fato prolongada, a espécie remédio, em que um dos cônjuges sofre de deficiência mental grave, e a espécie culposa pelo descumprimento de dever do casamento (Código Civil, artigos 1.571 a 1.573).

Além da indenização pelos danos morais e materiais que o cônjuge lesante pode ser condenado a pagar, aquele que descumpre dever conjugal perde o direito a alimentos plenos e pode vir a perder o direito ao sobrenome conjugal (Código civil, artigos 1.694, § 2º, 1.724, *caput* e parágrafo único, 1.708, parágrafo único e 1.578 do Código Civil)<sup>21</sup>.

Essa condenação na reparação de danos pode ser realizada em pedido cumulado com o de separação judicial (dissolução da sociedade conjugal)<sup>22</sup> e com o de divórcio (dissolução do vínculo conjugal), assim como com o pedido de dissolução de união estável, como reconhece a jurisprudência brasileira<sup>23</sup>.

#### 4.1.1. Violação ao direito à fidelidade

Fidelidade é um dever recíproco. Assim, o dever de ser fiel de um dos consortes equivale ao direito do outro à fidelidade.

Fidelidade e lealdade nas relações de casamento e de união estável têm o mesmo significado. A fidelidade é o dever de lealdade, sob o aspecto físico e moral, quanto à manutenção de relações que visem à satisfação do instinto sexual no casamento e na união estável<sup>24</sup>. Assim, o adultério é a prática de ato sexual com terceira pessoa e o quase-adultério reside na prática de atos com terceira pessoa que demonstram o propósito de satisfação do instinto sexual, o que tem o mais expressivo exemplo na chamada infidelidade virtual<sup>25</sup>.

O dever de fidelidade é recíproco. Parte da doutrina, em contraposição, considera que o dever de fidelidade era voltado para o controle da sexualidade feminina, a fim de proteger a paz

<sup>21</sup> Código Civil, art. 1.694, § 2º: Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia. Art. 1.704: Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial. Art. 1.708, parágrafo único: Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor.

<sup>22</sup> No entanto, parte da doutrina ainda argumenta que, nos termos da EC 66/2010, foi eliminado o instituto da separação do direito brasileiro. Vide FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil, v. 6: Direito das Famílias. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 352 a 355. E também: MADALENO, Rolf. Direito de Família. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 519. Versão eletrônica.

<sup>23</sup> TJSP, Agravo de Instrumento nº 2142791-02.2016.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Galdino Roledó Junior, j. em 04/04/2017: *Divórcio. Cumulação com pedido de indenização por danos materiais e morais. (...) Fatos que têm relação com a separação do casal e poderão ser objeto de prova no curso do processo. Recurso Provido.* TJSP. Agravo de Instrumento nº 0100258-67.2013.8.26.0000, Rel. Des. Moreira Viegas, 5ª Câmara, j. 12/06/2013: *Ação de divórcio cumulado com alimentos e indenização por danos morais - Alegação de incompatibilidade de ritos - Inexistência - Rito ordinário do divórcio que comporta ampla cumulação de pedidos (...)* Recurso parcialmente provido. TJSP, 10ª Câmara. Dir. Priv. AI 0315932-09.2010.8.26.0000, Rel. Des. Octávio Helene, j. 14.06.2011: *Possibilidade de pedido cumulativo - separação judicial com indenização por dano moral - vir a ser processado pelo juízo de família.* TJSP, 4ª Câmara. Dir. Priv., AI 994.09.288.156-7, Rel. Des. Natan Zelinschi, j. 21-1-2010: *Separção cumulado com indenização por danos morais. Inteligência do artigo 292 do Código de Processo Civil. Causa de pedir é a mesma, ou seja, suposto adultério da mulher. Observância aos princípios da economia e da celeridade processuais.* TJSP, 5ª Câmara. Dir. Priv., AI 574.036-4/0-00, Rel. Des. Mathias Coltro, j. 4-2-2009: *...não há qualquer impedimento a que o juízo de família e sucessões examine, de forma cumulativa, o pedido de separação judicial e o de indenização por danos morais.*

<sup>24</sup> TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz in TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (Coord.). *Código Civil comentado*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1.706.

<sup>25</sup> V. CAHALI, Yussef Said: *Separações Conjugais e Divórcio*, 12a. ed. São Paulo Revista dos Tribunais, 2011. p. 329-334, que introduziu a expressão quase-adultério no Direito Brasileiro.

doméstica, servindo apenas para reprimir a mulher, enquanto que, culturalmente, a infidelidade masculina era tolerada<sup>26</sup>. Obviamente, não se pode concordar com a ideia desta parte da doutrina, já que se a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazer interpretação distintiva. Recorde-se que, desde o Código Civil de 1916, a fidelidade é dever recíproco entre os cônjuges, como previa o seu artigo 231, I, e continua a prever o Código Civil de 2002, conforme a seguir é exposto.

Note-se que a descriminalização do adultério pela Lei nº 11.106, de 28.03.2005, não eliminou a ilicitude civil da infidelidade, em razão da independência entre essas duas áreas do Direito: Penal e Civil, nesta última estando inserido o Direito de Família.

Assim, prevê o dever de fidelidade no casamento o art. 1.566, I do Código Civil e na união estável esse dever, chamado de lealdade, é previsto no art. 1.724 do mesmo diploma legal.

O casamento e a união estável têm natureza monogâmica, o que é reconhecido pela sociedade, que não aceita a poligamia não consentida ou consentida pelos envolvidos.

Portanto, cabe ao direito ouvir a sociedade e não pequena e inexpressiva minoria que queira impor, contrariamente aos anseios sociais, a modificação dos costumes, com a supressão de sanções pelo descumprimento do dever de fidelidade. Lembremos que toda a liberdade é limitada e a singularidade ou exclusividade da relação aplica-se no casamento e na união estável, como salienta Beatriz Ramos Cabanellas, sendo que a entidade familiar da união de fato não se confunde com o concubinato no significado brasileiro desta expressão<sup>27</sup>. Neste passo devemos também recordar que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em pedido de providências da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS), por 12 votos a 1, ao vedar a lavratura de escrituras de poligamia, reconheceu que os arranjos consentidos dos chamados “trissais”, assim como a infidelidade, que é poligamia não consentida, violam as normas do Direito de Família Brasileiro<sup>28</sup>.

Na jurisprudência são aplicados os princípios da responsabilidade civil pelo descumprimento do dever de fidelidade, que ofende a honra do consorte, no sentido subjetivo, de sua autoestima ou consideração própria, e no sentido objetivo, de sua reputação social. Assim, desde as mais graves violações ao dever de fidelidade, com a atribuição ao consorte de prole advinda

---

<sup>26</sup> A esse respeito, cf. LÔBO, Paulo. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 722, 27 jun. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6929>>. Acesso em: 30 abr. 2020.

<sup>27</sup> Beatriz Ramos Cabanellas. Monogamia en Uruguay. In Família e Pessoa : uma questão de princípios. TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz e BASSET, Ursula (Coord.). São Paulo: YK, 2018, p. 185 a 195.

<sup>28</sup> Pedido de providências n. 0001459-08.2016.2.00.0000, Relator João Otávio de Noronha, j. 29/06/2018. V. TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Monogamia: princípio estruturante do casamento e da união estável. In Família e Pessoa : uma questão de princípios. TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz e BASSET, Ursula (Coord.). São Paulo: YK, 2018, p. 571 a 617.

do adultério<sup>29</sup>, o abuso sexual de neto<sup>30</sup> até a infidelidade da qual não decorrem tamanhos danos, mas causam graves constrangimentos<sup>31</sup>, os Tribunais brasileiros reconhecem a indenizabilidade dos danos sofridos no casamento, o que também se aplica à união estável em razão da equiparação entre ambos como entidades familiares, conforme art. 226, § 3º da Constituição Federal.

Evidentemente que a leitura descuidada de acórdãos somada à falta de atenção aos requisitos da responsabilidade civil conduz a uma ideia equivocada de que a jurisprudência não reconhece o direito à indenização do cônjuge ou do consorte traído.

Realiza-se, por esse motivo, a citação de acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo do ano de 2019, para esclarecer que a infidelidade, por si só, evidentemente, não gera indenização, assim como o descumprimento dos outros deveres conjugais não é indenizável se desacompanhado dos outros requisitos da responsabilidade civil, ou seja, do nexa causal entre a infidelidade

<sup>29</sup> STJ. 3ª Turma, Recurso Especial nº 742.137/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.08.2007: *...Reparação por danos materiais e morais. Descumprimento dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos. Omissão sobre a verdadeira paternidade biológica. (...) O desconhecimento do fato de não ser o pai biológico dos filhos gerados durante o casamento atinge a honra subjetiva do cônjuge, justificando a reparação pelos danos morais suportados...* TJSP. 1ª Câmara de Direito Privado, AC 9128143-39.2009.8.26.0000, Rel. Des. Cláudio Godoy, j. 18.06.13: *Responsabilidade civil. Cônjuge que omite paternidade biológica de filho havido fora do casamento.* TJSP. 9ª Câmara de Direito Privado, AC 0013866-58.2012.8.26.0001, Rel. Des. José Aparício Coelho Prado Neto, j. 14.05.2019: *Apeação – Ação de Indenização por Danos Morais – Pretensão de reparação por danos morais em decorrência de situação traumática resultante de revelação de que o autor não é o pai biológico de crianças que acreditava ser suas filhas, geradas em relacionamento extraconjugal mantido entre a ex-mulher e o médico obstetra que realizou o parto das infantes – Sentença de procedência, para condenar os réus solidariamente a arcar com o pagamento do montante de R\$ 100.000,00, a título de danos morais – (...).* TJSP. 5ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 0150482-73.2008.8.26.0100, Rel. Des. James Siano, j. 13.04.2011: *Danos morais. Sentença julgou procedente a ação de reparação por danos morais, provenientes do nascimento de filho fora do casamento. Pedido indenizatório formulado pelo pai e avós afetivos... A honra, atributo subjetivo dos recorridos (pai e avós), comprovadamente violada...* TJSP. 4ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 539.390-4/9-00, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. 10.06.2008: *Separação judicial. Fidelidade recíproca que é um dos deveres de ambos os cônjuges, podendo o adultério caracterizar a impossibilidade de comunhão de vida. Inteligência dos arts. 1566, I, e 1573, I, do Código Civil. Adultério que configura a mais grave das faltas, por ofender a moral do cônjuge, bem como o regime monogâmico, colocando em risco a legitimidade dos filhos... Caracterização de dano moral indenizável. ...* TJMG. 13ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0024.05.852085-9/001(1), Rel. Des. Francisco Kuplidowski, j. 16.08.2007: *Ação indenizatória. Filha adulta. Fato revelado após a separação judicial do casal. (...). Danos morais configurados. Necessidade de reparação.*

<sup>30</sup> TJSP. 4ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 552.594-4/5-00, Rel. Des. Ênio Zuliani, j. 04.06.2009: *Responsabilidade civil. Danos morais decorrentes de separação judicial litigiosa. Provas da culpa pelo término do casamento, por abuso sexual praticado contra o neto no recesso do lar, fica caracterizada a lesão de direito de personalidade da esposa diante da gravidade do quadro e da descoberta de um grave desvio de caráter do marido, o que justifica arbitramento de danos morais, sem que isso repercuta na partilha de bens. Provedimento, em parte.*

<sup>31</sup> TJSP, 10ª Câmara de Direito Privado, AC 0057470-37.2010.8.26.0002, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 02.07.2019: *SEPARAÇÃO LITIGIOSA. Divórcio. Julgamento conjunto. Pretensão recursal de ambas as partes. Convergência quanto à manutenção da dissolução do vínculo conjugal. Infidelidade da consorte. Responsabilidade Civil. Indenização pelo dano moral. Cabimento.* TJSP, 5ª Câmara de Direito Privado, AC 1001380-12.2017.8.26.0595, Rel. Des. A. C. Mathias Coltro, j. 07.11.2019: *Divórcio – Insurgência em relação à partilha, indenização por danos morais...Precedentes do Colendo STJ – Indenização por danos morais bem configurada ante as agressões físicas a que submetida a autora, além das emocionais, com constrangimentos que extrapolaram o mero aborrecimento...- Sentença mantida quanto ao mérito, acolhido o recurso apenas para deferir a justiça gratuita...* TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado, AC 0099514-82.2007.8.26.0000, Rel. Des. Pedro de Alcântara, j. 24.10.2012: *Indenização por danos morais. Adultério durante o casamento. Casal que trabalhava na mesma Escola Estadual. Traições do marido que eram comentadas no local do trabalho causando vexame e humilhação à esposa... A separação conjugal, em razão de novo relacionamento não configura o dever de indenizar o outro cônjuge, todavia, o ato cometido com desrespeito ao cônjuge, mediante conduta manifestamente ofensiva, gera a obrigação de indenizar o dano moral suportado. Valor indenizatório que foi arbitrado com observação da boa situação profissional do marido...* TJMS, 3ª Turma Cível, AC 2005.011378-0, Rel. Des. Hamilton Carli, j. 05.09.05: *Apelação cível – Indenização – Quebra do dever conjugal de fidelidade e de respeito mútuo – Indenização devida – Redução da indenização – afastada – Aplicação da regra da sucumbência recíproca afastada...*

e os danos morais ou materiais, tendo sido por essas razões desprovidos os pedidos de condenação do infiel em indenização<sup>32</sup>.

#### 4.1.2. Violação do direito à coabitação

A coabitação é um dever recíproco no casamento, que importa na vida em comum no domicílio conjugal ou na moradia sob o mesmo teto, salvo necessidades pessoais, profissionais ou familiares, conforme art. 1.569 do Código Civil.

Esse dever não existe na união estável por se considerar possível a constituição dessa entidade familiar sem convivência sob o mesmo teto, já que não está expressamente prevista nos seus requisitos constantes do art. 1.723 do Código Civil.

Diante da mudança do pensamento sobre o divórcio e de sua possibilidade independente de motivação culposa, o descumprimento desse dever do casamento só pode ser considerado se o abandono for, além de voluntário ou injustificado, injurioso.

#### 4.1.3. Violação ao direito à mútua assistência

A mútua assistência material é definida como o direito ao auxílio econômico à subsistência, que se baliza na posição socioeconômica do casal.

A assistência moral é o direito do cônjuge e do companheiro à proteção de seus direitos da personalidade, não só nas situações de excepcional gravidade, assim como nas cotidianas. Entre esses direitos da personalidade estão a vida, a integridade física e psíquica, a honra, a liberdade e o segredo<sup>33</sup>.

No Código Civil a mútua assistência material e imaterial estão previstas no inciso III do art. 1.566, no que se refere ao casamento, e no art. 1.724, no que toca à união estável.

---

<sup>32</sup> TJSP. 2ª Câmara de Direito Privado. AC 1000283-87.2016.8.26.0311. Rel. Des. José Joaquim dos Santos, j. 16.10.2019 : ... *Dano moral – Suposta traição do apelado não comprovada – Precedentes jurisprudenciais a afastar a indenização nesse caso, porquanto além de não provada a traição, não há evidências de que a apelante sofreu vexame ou abalo insuperável a ponto de ensejar o reparo financeiro.* TJSP. 5ª Câmara de Direito Privado. AC 1020978-03.2018.8.26.0405. Rel. Des. Jair de Souza, j. 18.12.2019: ... *Indenização por dano moral em razão de infidelidade conjugal... Aborrecimentos inerentes à situação apresentada. Sentença mantida...* TJSP. 6ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 1012673-88.2017.8.26.0009. Rel. Des. Paulo Alcides, j. 25.10.2019 : *Ação de indenização por danos morais... Adulterio que por si só não acarreta dano moral. Ausência de circunstâncias extraordinárias a comprovar o abalo moral...* TJSP. 9ª Câmara de Direito Privado. AC 1000752-14.2018.8.26.0619. Rel. Des. Piva Rodrigues, j. 11.10.2019: *Ação de divórcio, cumulada com alimentos e indenização por dano moral... Adulterio que, por si só, não gera o dever de indenizar. Situação descrita nos autos insuficiente a caracterizar grave ofensa moral...* TJSP. 1ª Câmara de Direito Privado. AC 0009848-52.2014.8.26.0153. Rel. Des. Augusto Rezende, j. 30.08.2019: *Divórcio. Dano moral. Infidelidade conjugal. Conduta que não justifica, por si só, a imposição de verba indenizatória. Ausência de comprovação de que o varão agiu de maneira a lesar ou ridicularizar o cônjuge. Ilícito absoluto não caracterizado...* TJSP. 1ª Câmara de Direito Privado. AC 1000778-78.2017.8.26.0673. Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. 10.10.2019: ...*Divórcio... Dano moral – Indenização indevida – Infidelidade que, além de não ter sido demonstrada, não enseja, por si só, a obrigação de indenizar – Ausência, também, de comprovação do alegado abalo psíquico suportado pela autora...* TJSP. 8ª Câmara de Direito Privado. AC 1002586-76.2017. Rel. Des. Salles Rossi, j. 10.01.2018: *Responsabilidade civil - Indenização por danos materiais e morais... Rompimento de relacionamento que, por si só, também não pode ser traduzido como dor moral indenizável...*

<sup>33</sup> TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Dever de Assistência Imaterial entre Cônjuges*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 122.

#### 4.1.4. Violação ao direito ao respeito

O direito recíproco ao respeito está presente no casamento e na união estável.

Esse dever caracteriza-se pelo *non facere*, ou seja, pela proibição de realizar atos atentatórios aos direitos da personalidade do consorte: a vida, a integridade física e psíquica, a honra, a liberdade e o segredo<sup>34</sup>.

O dever de respeito no casamento é estabelecido pelo art. 1.566, V e na união estável pelo art. 1.724, ambos do Código Civil.

Assim como ocorre em relação aos demais deveres conjugais e oriundos da união estável, do descumprimento do dever de respeito de que decorram danos advém o direito à reparação do cônjuge e do companheiro lesado.

---

<sup>34</sup> TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz in TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (Coord.). *Código Civil comentado*, obra citada, p. 1.487. V. Antunes Varella: *Direito de família*. Lisboa: Livraria Petrony, 1987, p. 345/351: *Em se tratando de casamento, esse dever transcende a obrigação das pessoas de se respeitarem mutuamente, tendo entre os cônjuges peculiar significado, em virtude da comunhão de vidas, dos íntimos contatos físicos e espirituais que há entre os esposos.*

Constituem violações ao respeito as agressões físicas e morais<sup>35</sup>, a acusação falsa e injuriosa em processo judicial<sup>36</sup>, os ciúmes doentios<sup>37</sup>, o cerceamento da liberdade profissional e de relacionamento social do consorte<sup>38</sup> e a transmissão de doença contagiosa<sup>39</sup>, entre outros atos e

<sup>35</sup> TJSP – Apelação nº 0008137-16.2010.8.26.0003 – Relator Desembargador Cesar Ciampolini – 10ª Câmara de Direito Privado do E. Tribunal de Justiça de São Paulo – Julgado em 22.10.2013: *Ação de separação judicial movida pelo marido contra a mulher. Reconvenção desta, a imputar a culpa pelo rompimento do casamento ao primeiro e a pedir reparação de danos materiais e morais por agressões, maus tratos e humilhações sofridas... Reconvenção acolhida, julgado o marido culpado pelo divórcio e arbitrados danos materiais e morais... E, quanto aos danos materiais, se reforma, para majoração da indenização fixada...* TJSP. Ap. 0006938-78.2009.8.26.0201, Rel. Des. Salles Rossi, 8ª Câmara, j. 18/04/2012: *Apelação - Indenização por dano moral - Decreto de procedência - Prova oral confirmatória da agressão física praticada pelo réu contra a autora... Violação à honra objetiva e subjetiva - Humilhação pública. Ofensa à intimidade. Indenização devida. Fixação em R\$ 5.000,00 que se mostrou parcimoniosa, diante da conduta reprovável e de sua gravidade. Redução descabida - Sentença mantida - Recurso não provido; TJSP. Ap. 9121849-39.2007.8.26.0000, 1ª Câmara, Rel. Des. Elliot Akel; j. 22/11/2011: *Responsabilidade Civil - Dano Moral - Violação dos Deveres do Casamento - Pedido Juridicamente Possível - Prova Satisfatória dos fatos narrados na inicial - Ação Julgada Procedente - Montante Indenizatório que não pode ser irrisório, sob pena de não servir ao cumprimento de seu objetivo específico, nem excessivamente elevado, de modo a propiciar enriquecimento sem causa - Verba Ajustada - Recurso da autora provido, Não provido o do réu; TJMS, 3ª Turma Cível, AC 2005.011378-0, Rel. Des. Hamilton Carli, j. 05.09.2005: *O cônjuge culpado pela separação judicial, bem como, que agrediu violentamente a esposa, responde pelo dever de indenizar, uma vez que sua conduta se insere com todas as letras na teoria do ato ilícito (artigo 186 do Código Civil)... TJMS, 3ª Câm. Cív., Ap. 0002439-80.2010, Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson, j. 14.02.2012... Ação de indenização por danos morais. Agressão. Violência doméstica. União estável... Restando devidamente comprovada a agressão física, é incontroverso o dever de reparação ao dano extrapatrimonial... TJSP, Apelação nº 994.05.043430-4, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Salles Rossi, j. 30/06/2010: *Responsabilidade civil. Danos morais. Agressões morais e físicas contra a companheira durante o relacionamento. Indenização devida. Fixação no equivalente a 50 salários mínimos... TJSP, APELAÇÃO CÍVEL nº 343.089.4/1-00, Décima Câmara de Direito Privado, Rel. Des. João Carlos Saletti, j. 10.02.2009: *INDENIZAÇÃO - Danos morais - Ofensa praticada por ex-companheiro, revelando, de maneira chula e grosseira, a intimidade do casal, zombando do que teria feito com a mulher - Constatação de difamação à honra da autora - Responsabilidade do réu demonstrada - Dano moral existente. VALOR DA INDENIZAÇÃO - O valor da indenização por danos morais deve ater-se aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, não devendo ser causa de enriquecimento ilícito... TJSP, 4ª. Câmara de Direito Privado. Apelação Cível 1006814-86.2015.8.26.0001. Rel. Des. Fábio Quadros, j. 28.03.2019: *União estável, casamento e divórcio... Indenização por danos morais por agressão verbal perpetrada pelo então cônjuge varão em face da varoa... Indenização pelos danos morais que deve ser majorada diante da gravidade dos danos sentidos e sofridos pela autora na presença de filhos e familiares... O valor da indenização pelos danos morais tem que ser capaz de confortar a vítima da agressão por aquele ilícito, e também para desestimular a prática de conduta idêntica por parte do réu agressor. Diante das condições pessoais de ambas as partes e de forma a evitar-se o enriquecimento sem causa por parte da autora e não onerar demasiadamente o réu, fixo a indenização pelos danos morais em R\$15.000,00 (quinze mil reais), corrigidos monetariamente desde a prática do ato ilícito e incidindo juros de mora desde a citação.******

<sup>36</sup> TJSP, 10ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 0112994-98.2005.8.26.0000, Rel. Des. João Carlos Saletti, j. 13.12.11: *RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. Dano moral. Ação proposta pela ex-mulher contra o ex-marido, fundada em imputação de adultério e de que um dos filhos do casal não era dele. Filho já adulto e casado. Casamento que durava mais de trinta anos. Ausência de qualquer prova ou indício da imputação. Constrangimento perante a família, amigos e vizinhos. Demonstração da imputação mediante prova testemunhal. Acusação injusta. Dano moral configurado e demonstrado. Sentença mantida.*

<sup>37</sup> TJMG, 2ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0024.05.899601-8/001(1), Rel. Des. Nilson Reis, j. 06.06.2007: *Ação de separação judicial. Dano moral. Comprovado pelo quadro probatório que o casamento foi desfeito devido ao ciúme doentio do marido, com cenas desagradáveis no local de trabalho da mulher, as quais conduziram a tratamento de depressão na varoa, é cabível o decreto de separação do casal, com a condenação do marido em indenização por dano moral.*

<sup>38</sup> STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 37051, Rel. Min. Nilson Naves, j. 17.04.2001: *A melhor das indicações é a de que houve comportamento injurioso...tal fato, por si só, enquadra-se, a meu juízo, para fins de indenização, no art. 159 do Código Civil, que compreende... também o dano de natureza moral. Se existe um comportamento injurioso diante da lei brasileira, causando a ruptura do casamento, diante das atitudes dominadoras do marido que provocaram a instabilidade psíquica da mulher, a indenização é cabível... A importância pecuniária, recebida pelo cônjuge inocente, a título de alimentos, por exemplo, não tem a finalidade de reparar as ofensas físicas e psíquicas sofridas pela esposa. Isto porque os alimentos, além de serem arbitrados em função do binômio possibilidade/necessidade, tem a finalidade única de prover a subsistência do alimentando, e não a de ressarcir o dano moral...*

<sup>39</sup> No portal do Superior Tribunal de Justiça, foi noticiado acórdão que acolheu a teoria da responsabilidade civil em caso de contaminação pelo vírus da AIDS, proferido pela 4ª Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível

comportamentos que ofendem os direitos da personalidade do consorte lesado.

Necessário é observar que a violência doméstica no casamento e na união estável advém da violação ao dever de respeito à integridade física, psíquica e moral do consorte, sendo punida pela Lei n. 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que, em 17/09/2019, foi alterada pela Lei 13.871, para prever expressamente que os danos morais e todos os danos materiais causados à vítima são indenizáveis, assim como o são os danos causados ao Poder Público pela utilização de serviços de saúde públicos pela vítima em decorrência da violência doméstica. Assim, a Lei Maria da Penha, que previa, desde 2006, a indenizabilidade dos danos materiais decorrentes de extravios patrimoniais pelo ofensor, em 2019 foi ampliada para reconhecer expressamente a indenizabilidade dos danos morais e de todo o tipo de dano patrimonial:

Art. 9º, § 4º Aquele que, por ação ou omissão, causar lesão, violência física, sexual ou psicológica e dano moral ou patrimonial a mulher fica obrigado a ressarcir todos os danos causados, inclusive ressarcir ao Sistema Único de Saúde (SUS), de acordo com a tabela SUS, os custos relativos aos serviços de saúde prestados para o total tratamento das vítimas em situação de violência doméstica e familiar, recolhidos os recursos assim arrecadados ao Fundo de Saúde do ente federado responsável pelas unidades de saúde que prestarem os serviços.

No entanto, é preciso pontuar que a inovação operada na Lei Maria da Penha refere-se à indenizabilidade dos danos acarretados ao sistema público de saúde e não à reparabilidade dos danos morais e materiais causados diretamente à vítima, que, na conformidade da regra geral da responsabilidade civil que consta do Código Civil em seu art. 186, já eram antes indenizáveis.

#### 4.1.5. Direito à administração de bens em benefício da família

A administração dos bens que, em comunhão, pertencem a ambos os cônjuges ou aos dois companheiros em prol dos interesses do casal é dever oriundo do casamento e da união estável, conforme dispõe o art. 1.567, *caput* do Código Civil.

A aplicabilidade dessa disposição legal à união estável, que está presente nas regras sobre casamento, advém da previsão legal constante do art. 1.725 do Código Civil, o qual estabelece para os companheiros o mesmo regime legal dos cônjuges, ou seja, a comunhão parcial.

Em caso de violência doméstica, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340 de 07/08/2006) prevê a indenizabilidade dos danos patrimoniais aos bens comuns ou particulares da mulher:

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras: [...]

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Porém, mesmo em situações outras em que não se configure a violência doméstica contra a mulher, ou em caso da pessoa lesada ser o homem, aplica-se o princípio da responsabilidade

---

em: [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-condena-homem-a-indenizar-ex%E2%80%9393companheira-por-transmiss%C3%A3o-do-v%C3%ADrus-HIV](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-condena-homem-a-indenizar-ex%E2%80%9393companheira-por-transmiss%C3%A3o-do-v%C3%ADrus-HIV). Acesso em: 07.04.2019.  
TJSP, Ap 568.949-4 8-00, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 24/07/2008: *Responsabilidade civil – Ruptura de união estável em situação em que o companheiro contagia a companheira com doenças sexualmente transmissíveis [sífilis e clamídia], as quais contraiu em contato com prostituta – Dever de indenizar por caracterizar lesão a direito de personalidade [integridade física] com dano moral que existe in re ipsa – Quantum redimensionado...*

civil, com base na regra geral do art. 186 do Código Civil, que fundamenta a reparação dos danos materiais causados pela dissipação patrimonial.

## 4.2. Violação aos deveres entre pais e filhos

### 4.2.1. Violação dos deveres dos pais para com os filhos

Inicia-se este capítulo pela recusa injustificada ao reconhecimento de filho, que pode configurar ato ilícito e gerar a condenação do pai na reparação dos danos morais e materiais causados<sup>40</sup>.

Há acórdãos que reconhecem a indenizabilidade desses danos, inclusive com fundamento no abandono moral, devendo ser ressalvado que não é a mera recusa que gera a responsabilidade civil, já que o homem tem o direito de questionar a paternidade a ele atribuída em razão de relação íntima<sup>41</sup>.

Casos de atitude postergatória do reconhecimento parental em que o investigado se vale de subterfúgios processuais para não se submeter ao exame pericial genético, ou em que há reconhecimento da filiação no plano dos fatos, com fortes indícios da paternidade assumida, e contestação do vínculo no processo judicial, ou mesmo a negação da paternidade diante da existência de exame de D.N.A comprobatório da relação de filiação, ofendem os direitos da personalidade do filho, porque desrespeitam sua honra, no aspecto subjetivo (auto-estima) e objetivo (consideração social), acarretando danos morais e também podendo gerar danos materiais.

A natureza declaratória da sentença da decisão judicial que reconhece a filiação parece inegável, já que declara a existência de uma relação anteriormente estabelecida, existente desde a junção do gameta masculino ao feminino, com a fecundação e a formação gestacional do ser humano. Daí os efeitos *ex tunc* da decisão de reconhecimento da paternidade. Tanto é assim que

---

<sup>40</sup> TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Reflexões sobre o reconhecimento da filiação extramatrimonial. In NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade (coords.), Revista de Direito Privado, Ano 1 – janeiro a março de 2000, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 71 a 91.

<sup>41</sup> TJSP. Apelação Cível com Revisão nº 361.389-4/2-00, 7ª Câmara “B” de Direito Privado, Rel. Des. Daise Fajardo Jacot, j. 26.11.2008: *AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. FILHA HAVIDA DE RELAÇÃO AMOROSA ANTERIOR. ABANDONO MORAL E MATERIAL. PATERNIDADE RECONHECIDA JUDICIALMENTE... Os autos revelam que efetivamente a autora, ora apelante, foi submetida a humilhação e constrangimento pela recusa do réu, ora apelado, ao reconhecimento da paternidade, somente determinada em Juízo, à luz da prova hematológica. Ele negou à filha o afeto e carinho de pai, ao mesmo tempo em que dedicou aos irmãos dela todo o amparo moral e material. Portanto, a prova dos autos é convincente no tocante à conduta culposa do réu pelo “abandono moral grave” e ao padecimento da autora, restando evidenciado o nexo causal entre aquela conduta ilícita e esse dano moral indenizável.* TJSP. Apelação Cível nº 511.903-4/7-00, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 12/03/2008: *Responsabilidade civil. Dano moral. Autor abandonado pelo pai desde a gravidez da sua genitora e reconhecido como filho somente após propositura de ação judicial. Discriminação em face dos irmãos. Abandono moral e material caracterizados. Abalo psíquico. Indenização devida. Sentença reformada. Recurso provido para este fim.* TJSP. Apelação Cível com Revisão nº 394.834-4/0-00, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Beretta da Silveira, j. 30.05.2006: *Dano moral - Reconhecimento tardio da paternidade - Cerceamento de defesa inocorrente - Parcialidade inexistente - Somente acarreta condenação em dano moral se o comportamento do investigado tipifica ato ilícito, na recusa ao reconhecimento do filho - O mero não reconhecimento da paternidade sem que indique conduta ilícita ou mesmo intenção deliberada de prejudicar, não dá ensejo a indenização por dano moral... - TJSP. Apelação Cível com Revisão nº 394.834-4/0-00, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Beretta da Silveira, j. 30.05.2006: *Somente acarreta condenação em dano moral se o comportamento do investigado tipifica ato ilícito, na recusa ao reconhecimento do filho - O mero não reconhecimento da paternidade sem que indique conduta ilícita ou mesmo intenção deliberada de prejudicar, não dá ensejo a indenização por dano moral...**

o reconhecimento da paternidade após a morte do pai gera direitos sucessórios, que não poderiam existir se a decisão fosse constitutiva. Portanto, proferida a decisão judicial de reconhecimento da paternidade, seus efeitos retroagem. Por isto, é possível a condenação na reparação de danos anteriores àquela decisão judicial.

Há outras variadas hipóteses de danos decorrentes da violação aos deveres oriundos do poder familiar, que pode ser conceituado como o conjunto de obrigações, a cargo do pai e da mãe, no tocante à pessoa e bens dos filhos menores, sendo um feixe de deveres, razão pela qual é chamado de poder-dever<sup>42</sup>.

Maus tratos aos filhos, também, obviamente constituem violação aos deveres oriundos do poder familiar, causando danos aos filhos que atingem por via reflexa a mãe da criança<sup>43</sup>.

E o chamado abandono afetivo também é causa de reparação de danos.

Historicamente é preciso lembrar que em 2005 foi proferida decisão pelo Superior Tribunal de Justiça que reformou acórdão de Tribunal mineiro<sup>44</sup>, que foi objeto de injustas críticas por parecer, numa primeira vista, que negava a aplicação dos princípios da responsabilidade civil nas relações entre pais e filhos<sup>45</sup>. Tratava-se do caso em que um pai havia se afastado de seu filho por conta do nascimento de sua segunda filha, proveniente de outras núpcias. O menino, então com seis anos, tentou a aproximação até seus quinze anos de idade, quando passou a apresentar problemas emocionais oriundos da ausência paterna. Foi ajuizada ação de reparação de danos morais, cujo fundamento era a falta de amor por parte do pai ausente. Em razão dessa equivocada causa de pedir, que não tem apoio no ordenamento jurídico, a falta de afeto, o Superior Tribunal de Justiça acolheu o Recurso Especial interposto pelo pai, sob o fundamento de que o desamor não gera indenização<sup>46</sup>.

Não é a falta de afeto ou de amor, sentimento de ordem subjetiva que não é dever jurídico, a causa da responsabilidade civil. Se assim fosse, haveria uma inesgotável abertura das portas do Poder Judiciário para demandas em que os filhos alegariam a falta de amor paterno.

O descumprimento do dever do pai e da mãe de criar e educar o filho, tendo-o em sua companhia, que tem natureza objetiva, é o pressuposto da responsabilidade civil (Código Civil, art. 1.634, inciso I).

<sup>42</sup> BARROS MONTEIRO, Washington e TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Curso de direito civil, vol. 2: direito de família, 43ª ed., São Paulo, Saraiva, 2016, p. 546-555.

<sup>43</sup> TJRJ, 11ª Câm. Cív., AC 2006.001.03858, Rel. Des. José Carlos de Figueiredo, j. 29.03.2006: *Legitimidade ad causam. Ação indenizatória. Abuso sexual praticado contra menor de idade. Circunstância em que a mãe da vítima pode postular a reparação de lesões extrapatrimoniais. Sofrimento suportado pela filha que também atinge sua genitora. Aplicação da teoria do dano 'ricochete' ou dano reflexo.*

<sup>44</sup> Tribunal de Alçada de Minas Gerais. 7ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 408.550-5, Rel. Juiz Unias Silva, j. 01.04.2004: *Indenização danos morais. Relação paterno-filial. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da afetividade e a dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.*

<sup>45</sup> STJ. REsp 757.411/MG, 4ª T., Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 29.11.2005 : *Responsabilidade civil. Abandono moral. Reparação. Danos morais. Impossibilidade. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 (atual art. 186 do Código Civil) o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido.*

<sup>46</sup> TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Responsabilidade civil nas relações entre pais e filhos. In: *Questões controvertidas no novo Código Civil* (DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. (Org.). São Paulo: Método, 2006, v. 5, p. 463-475.

A esse dever previsto no Código Civil, acresça-se o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente que prevê também deveres para os pais, como o dever de assegurar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social do filho menor, em condições de dignidade (ECA, arts. 3º, 4º e 5º).

Assim, inobstante tenha se tornado usual a utilização da expressão abandono afetivo, a condenação do pai ou mãe inadimplente em pagamento de indenização decorre do descumprimento do dever de cuidar do filho, como explica Theodureto de Almeida Camargo Neto<sup>47</sup>. Assim, decidiu o Superior Tribunal de Justiça em acórdão paradigma da lavra da Ministra Nancy Andrighi: “Amar é faculdade, cuidar é dever”<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. A Responsabilidade Civil por Dano Afetivo. In Família e Pessoa : uma questão de princípios. TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz e BASSET, Ursula (Coord.), São Paulo: YK, 2018, p. 681 a 699.

<sup>48</sup> STJ, REsp 1.159.242, 3ª Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 24.04.2012 : *CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico... Outros acórdãos, no mesmo sentido: TJSP, Ap. 4005529-88.2013.8.26.0320, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Giffoni Ferreira, j. 21.10.2014: *ABANDONO MORAL – AUSÊNCIA DE ALIMENTOS E PRESENÇA DO PAI NA VIDA DO FILHO – FALHA DO APELO COM NÃO TANGENCIAR O MÉRITO – EIVA ELIMINADA PELA INTERPRETAÇÃO LÓGICOSISTEMÁTICA DO PEDIDO - DANOS MORAIS PLEITEADOS – CONFIGURAÇÃO – RÉU QUE ADMITE AFASTAMENTO DA FILHA POR PROBLEMAS COM A MÃE DESTA – INADMISSIBILIDADE – CONFISSÃO SEGURA DA AUSÊNCIA VOLUNTÁRIA DO RÉU NO ACOMPANHAMENTO DA INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA DO APELANTE – DANO MORAL RECONHECIDO – NEXO CAUSAL EVIDENTE – PENA PECUNIÁRIA DEFERIDA NÃO POR NÃO SENTIR AMOR SENÃO POR O NÃO PROCURAR SENTIR – ABANDONO MATERIAL E MORAL CONFIGURADO...* TJSP, Ap. 0005780-54.2010.8.26.0103, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ramon Mateo Júnior, j. 14.05.2014: *DANO MORAL. Ação de indenização por danos morais ajuizada por filho em face de genitor, com alegação de abandono afetivo e material, eis que fruto de relacionamento extraconjugal, havendo o reconhecimento da paternidade tardio, com diluição de bens. Comprovação do relacionamento do réu com a genitora do autor. A responsabilidade da paternidade vai além do meramente material, implicando em procurar moldar no caráter dos filhos os valores e princípios que lhes farão enveredar pela vida, cômicos da necessidade da prática do bem, que norteará sua busca pela felicidade e pautará a conduta dos mesmos nos anos vindouros, seja no lado emocional, seja no lado profissional e igualmente no lado espiritual, vez que a religião corrobora para aprimorar o caráter. Abandono afetivo e material configurados. Dano moral comprovado. Nesse sentido, vide também: TJDFT, 3ª Turma Cível. AC 0006983-72.2016.8.07.0005. Relª. Desª. Maria de Lourdes Abreu, j. 11.12.2019: *...FAMÍLIA. AFETO. VALOR JURÍDICO. DIREITO DA PERSONALIDADE. ABANDONO AFETIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. REQUISITOS. PRESENTES. DANO MORAL. CONFIGURADO. ÔNUS DA PROVA. COMPROVAÇÃO. ... 2. Os limites do exame jurisdicional para a análise da ocorrência de abandono afetivo estão delimitados pela verificação objetiva do cumprimento ou não da obrigação jurídica de cuidados de criação e educação, dentro das possibilidades factíveis dos membros do núcleo familiar, nos termos do artigo 227 da Carta Magna. ... 4. No âmbito das relações familiares, para a configuração da responsabilidade civil do genitor, no caso de abandono afetivo, deve ficar comprovada a conduta omissiva ou comissiva deste quanto ao dever jurídico de convivência com o filho; o dano, caracterizado pelo transtorno psicológico sofrido, e o nexo causal entre o ilícito e o dano suportado, nos termos do artigo 186 do Código Civil...* TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, AC 1002089-03.2018.8.26.0566. Relª. Desª. Viviani Nicolau, j. 28.11.2019: *APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR ABANDONO AFETIVO. Sentença de procedência. Inconformismo do réu. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. Autora que não busca reparação por desamor do genitor, mas sim em decorrência de negligência caracterizada pela inobservância de deveres de convívio e cuidado ... Entendimento pacificado pelo STJ no julgamento do REsp nº 1.159.242/SP, neste sentido. MÉRITO. Elementos presentes nos autos que deixam clara a indiferença e negligência do genitor com relação à menor, diagnosticada como portadora de transtorno do espectro autista... Indenização por danos morais arbitrada em R\$ 30.000,00 ... Sentença confirmada. Sucumbência recursal do réu. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.* TJMG, 9ª Câmara Cível. AC 1.0637.14.006579-7/001. Rel. Des. Márcio Idalmo Santos Miranda, j. 28.11.2019: *DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO CÍVEL RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO - DANO MORAL - ALEGAÇÃO DE ABANDONO AFETIVO POR PARTE DE GENITOR - CONDOTA***

A variedade de situações, inclusive de violações do dever de respeito de um dos genitores ao outro, também merece destaque no Direito Brasileiro.

A prática de alienação parental é um dos comportamentos que gera danos, por consistir em atos praticados por um dos genitores contra o outro para afastar, de maneira forçada, o filho, o que é combatido na Lei n. 12.318, de 26/08/2010, cujo art. 6º prevê expressamente a possibilidade de condenação indenizatória além de outras diversas medidas protetivas da convivência entre pais e filhos, tema este analisado por Eduardo de Oliveira Leite<sup>49</sup>.

A indenizabilidade de danos causados por um dos pais ao outro chega a alcançar o impedimento por um dos genitores de participação do outro genitor em batizado do filho<sup>50</sup>.

#### 4.2.2. Violação dos deveres dos filhos para com os pais idosos

A Constituição Federal no art. 1º, III, no art. 3º, I, no art. 226, no art. 227, no art. 229 e no art. 230, apoia o princípio da solidariedade familiar, que importa em regime protetivo patrimonial e extrapatrimonial à pessoa idosa. Normas decorrentes desse regime protetivo encontram-se em diversos diplomas legais, mormente no Código Civil e na Lei nº 10.174/2003 (Estatuto do Idoso).

Inserido no âmbito dessa proteção, há o direito ao recebimento de alimentos do idoso que não possui bens suficientes e que não pode manter-se por seu próprio trabalho. Este direito está previsto no art. 1.696 do Código Civil: *O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.*

O Estatuto do Idoso estabelece algumas regras específicas sobre o referido direito a alimentos. Dentre elas, há a previsão de seu art. 12: *A obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores.* Assim, o idoso tem direito de exigir a prestação de alimentos do descendente de sua escolha, sem precisar demandar todos os descendentes.

O art. 12 do Estatuto do Idoso é rejeitado por parcela da doutrina atual, que considera que o caráter solidário da prestação de alimentos aos idosos fere o sistema jurídico, uma vez que tal caráter inexistente na prestação de alimentos em favor de menores, podendo até cogitar-se de inconstitucionalidade, pela afronta à prioridade absoluta e integral conferidas às criança e aos adolescente, nos termos do art. 227 da Constituição Federal. Entende-se que o tratamento legislativo favorece os idosos em detrimento dos menores, não reconhecendo a estes a peculiaridade da

---

*ILÍCITA DO RÉU - NÃO CONFIGURAÇÃO - PEDIDO IMPROCEDENTE - RECURSO NÃO PROVIDO. A possibilidade de compensação pecuniária a título de danos morais e materiais por abandono afetivo exige detalhada demonstração do ilícito civil, cujas especificidades ultrapassem, sobremaneira, o mero dissabor, para que os sentimentos não sejam mercantilizadas e para que não se fomente a propositura de ações judiciais motivadas unicamente pelo interesse econômico-financeiro (STJ, REsp n.º 1.493.125/SP).*

<sup>49</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Alienação parental: do mito à realidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>50</sup> TJDF, APELAÇÃO 0709881-86.2017.8.07.0003, 1ª Turma Cível, Rel. Desembargadora SIMONE LUCINDO, j. 3/02/2019: *APELAÇÃO CÍVEL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. REALIZAÇÃO DE BATIZADO DA FILHA SEM O CONHECIMENTO DO PAI. OMISSÃO PROPOSITAL PELA MÃE DA CRIANÇA. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM COMPENSATÓRIO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. MAJORAÇÃO. NÃO CABIMENTO. 1. Para a fixação do valor de compensação dos danos morais, deve o julgador tomar em consideração diversos fatores, como as circunstâncias do ocorrido, a extensão do dano e a capacidade econômica das partes envolvidas, atentando-se, ainda, para que o quantum não seja estipulado em patamar tão alto que consubstancie enriquecimento sem causa da vítima, nem tão ínfimo que não sirva como desestímulo ao responsável para adoção de medidas que busquem evitar a ação lesiva de terceiros. Assim, observados tais parâmetros, não é cabível a majoração do montante arbitrado. 2. Apelação cível conhecida e não provida.*

relação jurídica envolvida. Assim, essa corrente defende a uniformidade de regime jurídico das prestações de alimentos: ou o ordenamento admite a solidariedade para as prestações infanto-juvenis ou não admite a nenhuma prestação de alimentos<sup>51</sup>.

Em sede de ação de alimentos, outros parentes podem ser chamados a integrar a lide, para o rateio adequado da soma fixada em favor do credor de alimentos, conforme o art. 1.698 do Código Civil, caso não existam condições materiais para adimplir a prestação.

Caso o ascendente idoso necessite de alimentos por não possuir meios próprios de subsistência, a falta de prestação pelos filhos que têm possibilidades de arcar com esse pagamento<sup>52</sup> poderá implicar em sua condenação na indenização pelos danos morais e materiais respectivos, tendo em vista os deveres contidos nos artigos 3º, 4º, 5º e 10, § 2º e § 3º da Lei nº 10.174/2003.

Ademais, o art. 99 do Estatuto do Idoso, em consonância ao art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, assevera que é crime *expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado*.

Além da pena de prisão prevista no dispositivo legal acima citado e eventual pena pecuniária correlata, o descumprimento dos deveres de prestação de alimentos e de cuidado gera também o dever de indenização por danos morais e materiais.

Compete à família, não somente mas primeiramente a ela, a obrigação de garantir ao idoso “a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária” (Estatuto do Idoso, art. 3º)<sup>53</sup>.

Assim, o descumprimento dos deveres de cuidar e alimentar ensejam a responsabilização dos filhos, porquanto o não cumprimento desses deveres, em razão do grave trauma psíquico de rejeição e indiferença causado ao ascendente idoso, além da privação de condições mínimas para sua subsistência, faz incidir a hipótese normativa do art. 186 do Código Civil.

## 5. SEGUNDO E TERCEIRO PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL: DANO E NEXO CAUSAL

Conforme antes exposto, a regra geral estabelecida no Código Civil, em seu art. 186, fundamenta a responsabilidade civil, além das disposições expressas na Lei Maria da Penha em caso de violência doméstica.

Danos morais não devem ser identificados por meio de exemplos práticos ou de sentimentos da pessoa lesada, como o sofrimento, a humilhação e a angústia.

---

<sup>51</sup> Cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*, v. 6: *Direito das Famílias*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 684 a 686. E também: DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 49.

<sup>52</sup> Consoante o disposto no art. 14 do Estatuto do Idoso, caso a obrigação alimentar não possa ser arcada pelos familiares, o provimento caberá ao Poder Público, no âmbito da assistência social.

<sup>53</sup> “Todas as alusões legais deveriam ser anteriormente afirmadas através da vida familiar e de seu impacto na sociedade. Em realidade, à medida que o respeito social é cultivado, a ordem jurídica será mero reflexo dos valores que embasam o comportamento geral, consolidando o costume.” GANDRA MARTINS, Angela Vidal. A proteção ou a projeção da maior idade: uma breve análise antropológico-jurídica. In Família e Pessoa: uma questão de princípios. TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz e BASSET, Ursula (Coord.), São Paulo: YK, 2018, p. 132.

Dano moral é aquele que afeta a esfera íntima ou social da vítima por ofender um direito de sua personalidade: a vida, a honra, a integridade física e psíquica e a liberdade, entre outros. Com essa visão jurídica do dano moral, apresentada por Carlos Alberto Bittar, facilita-se sua demonstração, porque tornam-se inadequadas verificações subjetivas que podem levar ao equívoco. Haveria dano moral se a pessoa do ofendido não demonstrasse seus sentimentos? Se não chorasse, continuasse a exercer sua atividade profissional, não entrasse em depressão etc? A resposta está na teoria desenvolvida pelo referido doutrinador, a respeito do dano *in re ipsa*, ou seja, do grave fato da violação a um direito da personalidade que acarreta a responsabilidade civil<sup>54</sup>.

Os danos materiais são compostos pelos danos emergentes, ou seja, por tudo aquilo que a vítima perdeu, e pelos lucros cessantes, isto é, por aquilo que o lesado deixou de lucrar.

Das violações aos deveres familiares podem resultar danos morais, em razão das ofensas aos direitos da personalidade da vítima, e danos materiais, como, por exemplo, os decorrentes de extravios patrimoniais, de despesas em tratamentos psicológicos e psiquiátricos, da paralisação ou diminuição das atividades do ofendido etc.

Os critérios de fixação da indenização por danos morais são os seguintes. A indenização deve compensar o lesado e ser fator de desestímulo ao lesante, não tendo natureza ressarcitória porque não há como retomar o estado anterior à violação a um direito da personalidade. Uma pessoa que tenha sofrido maus tratos físicos e morais não apagará os danos morais respectivos, somente poderá ter um alívio compensatório. A indenização também deve ser pedagógica ao ofensor.

O “método bifásico” é uma das formas da quantificação da indenização, sendo dividido em duas fases. A primeira considera um valor básico, conforme precedentes jurisprudenciais em casos assemelhados, sendo de destacar que indenizações irrisórias ou simbólicas não servem de parâmetro. A segunda leva em conta as circunstâncias do caso, a gravidade do ato lesivo, o grau da culpa, a repercussão da ofensa e as condições econômicas das partes.

Assim, para compensar o ofendido e desestimular o ofensor é necessário verificar todos esses fatores, que precisam ficar demonstrados em ação indenizatória.

Por outro lado, a quantificação do dano material deve ressarcir o ofendido de todos os prejuízos que sofreu e do que deixou de ganhar em razão da lesão sofrida.

Em caso de violência doméstica, mesmo sem a indicação de determinado valor na pretensão indenizatória e prova dos danos morais, cabe a condenação do ofensor em valor mínimo, que pode ser complementada na esfera civil<sup>55</sup>. Interessante notar que, enquanto na jurisprudência

<sup>54</sup> BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais. Atual. Eduardo Carlos Bianca Bittar. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 208/218.

<sup>55</sup> (STJ, 3ª Turma, Resp nº 1.675.874/MS, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, j. 28/02/2018). *RECURSO ESPECIAL. RECURSO SUBMETIDO AO RITO DOS REPETITIVOS (ART. 1.036 DO CPC, C/C O ART. 256, I, DO RISTJ). VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO MÍNIMA. ART. 397, IV, DO CPP. PEDIDO NECESSÁRIO. PRODUÇÃO DE PROVA ESPECÍFICA DISPENSÁVEL. DANO IN RE IPSA. FIXAÇÃO CONSOANTE PRUDENTE ARBÍTRIO DO JUÍZO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça ... tem avançado na maximização dos princípios e das regras do novo subsistema jurídico introduzido em nosso ordenamento com a Lei n. 11.340/2006... 3. A evolução legislativa ocorrida na última década em nosso sistema jurídico evidencia uma tendência, também verificada em âmbito internacional, a uma maior valorização e legitimação da vítima, particularmente a mulher, no processo penal. 4. Entre diversas outras inovações introduzidas no Código de Processo Penal com a reforma de 2008, nomeadamente com a Lei n. 11.719/2008, destaca-se a inclusão do inciso IV ao art. 387, que, consoante pacífica jurisprudência desta Corte Superior, contempla a viabilidade de indenização para as duas espécies de dano – o material e o moral –, desde que tenha havido a dedução de seu pedido na denúncia ou na queixa. 5. Mais robusta ainda há de ser tal compreensão quando se cuida de danos*

brasileira o número de pedidos reparatórios decorrentes de violência doméstica aumenta a tal ponto de dar causa à aplicação do rito de recursos repetitivos, Graciela Medina adverte que na Argentina, inobstante as denúncias de violência doméstica também aumentem dia-a-dia, o número de demandas reparatórias é irrelevante, no que aponta, entre outras, a seguinte motivação: a relação familiar e, portanto, próxima entre a vítima e o agressor<sup>56</sup>.

Quanto ao nexos causal entre a violação a dever conjugal e o dano, embora não se veja ou se toque esse pressuposto, resulta de uma dedução intelectual, como bem acentua René Savatier<sup>57</sup>. Seu rompimento impede a aplicação do instituto da responsabilidade civil. O nexos causal vincula a ação ou omissão, que importa no descumprimento de dever e violação a direito, ao dano moral ou material, o que permite atribuir a autoria do ato ilícito.

## 6. PRAZO PRESCRICIONAL

Quanto à reparação de danos no casamento e na união estável, inobstante caiba a cumulação de pedidos de separação judicial e de divórcio ou de reconhecimento e dissolução da união estável com o de reparação de danos, caso não tenha sido requerida, é importante lembrar do prazo prescricional do pedido indenizatório, que é de três anos (Código Civil, art. 206, § 3º, V).

Esse prazo permanece suspenso enquanto os cônjuges mantiverem o estado civil de casados (Código Civil, art. 197, I), já que as relações íntimas e de confiança recíproca existentes no casamento dificultam, quando não impedem, a propositura de ação por um dos cônjuges em face do outro, resguardando-se a preservação do ambiente familiar<sup>58</sup>.

Não há na lei regra expressa sobre a suspensão da prescrição durante a união estável, sendo a analogia ao casamento já considerada em interpretação doutrinária<sup>59</sup>.

---

*morais experimentados pela mulher vítima de violência doméstica. Em tal situação, emerge a inarredável compreensão de que a fixação, na sentença condenatória, de indenização, a título de danos morais, para a vítima de violência doméstica, independe de indicação de um valor líquido e certo pelo postulante da reparação de danos, podendo o quantum ser fixado minimamente pelo Juiz sentenciante, de acordo com seu prudente arbítrio. 6. No âmbito da reparação dos danos morais – visto que, por óbvio, os danos materiais dependem de comprovação do prejuízo, como sói ocorrer em ações de similar natureza –, a Lei Maria da Penha, complementada pela reforma do Código de Processo Penal já mencionada, passou a permitir que o juízo único – o criminal – possa decidir sobre um montante que, relacionado à dor, ao sofrimento, à humilhação da vítima, de difícil mensuração, deriva da própria prática criminosa experimentada. 7. Não se mostra razoável, a esse fim, a exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima etc., se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa. 8. Também justifica a não exigência de produção de prova dos danos morais sofridos com a violência doméstica a necessidade de melhor concretizar, com o suporte processual já existente, o atendimento integral à mulher em situação de violência doméstica, de sorte a reduzir sua revitimização e as possibilidades de violência institucional, consubstanciadas em sucessivas oitivas e pleitos perante juízos diversos. 9. O que se há de exigir como prova, mediante o respeito ao devido processo penal, de que são expressão o contraditório e a ampla defesa, é a própria imputação criminosa ..., porque, uma vez demonstrada a agressão à mulher, os danos psíquicos dela derivados são evidentes e nem têm mesmo como ser demonstrados.*

<sup>56</sup> MEDINA, Graciela ; MAGAÑA, Ignacio Gonzales e YUBA, Gabriela. Violência de género y violencia doméstica : responsabilidad por daños. Santa Fé : Rubinzal-Culzoni, 2013, p. 569.

<sup>57</sup> Savatier, René. Traité de la responsabilité civile en droit français. 12. ed. Paris, LGDJ, 1951, t. II, p. 6.

<sup>58</sup> TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz; MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil, vol. 2. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 111.

<sup>59</sup> Enunciado n. 296 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “Art. 197. Não corre a prescrição entre os companheiros, na constância da união estável.”.

No que se refere às relações entre pais e filhos, a suspensão da prescrição ocorre enquanto durar o poder familiar, ou seja, enquanto o filho for menor de idade ou não for emancipado (Código Civil, art. 197, II).

## CONCLUSÃO

Sabe-se que o ideal a ser alcançado em todas as relações familiares é a harmonia, por meio do afeto, mas também é sabido que o Direito serve à solução de conflitos, sendo importante quando impõe e proíbe e não quando simplesmente faculta. Também é reconhecido que quanto melhor a família, menos os seus membros precisarão do Direito.

Quando não se concretiza o projeto de que a relação familiar reine com afeto, harmonia e felicidade, juntamente com o rompimento pode ocorrer o dever de indenizar, desde que preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil, que são configurados na ação ou omissão culposa que viola direito do outro familiar e causa dano moral ou material.

A questão primordial é distinguir o real pressuposto da indenização no campo da responsabilidade civil nas relações familiares. Não é o desamor, ou a falta de afeto, ou qualquer outro aspecto sentimental que gera a responsabilidade civil.

A banalização do dano moral nas relações de família deve ser combatida, de modo que a aplicação dos princípios da responsabilidade civil independe da existência ou da falta de amor ou afeto. Amar não é dever ou direito. Ter e receber afeto não se confunde com os deveres e direitos das relações familiares. Assim, a falta de amor, por si só, não gera a responsabilidade civil porque aí faltaria o preenchimento do primeiro pressuposto, que é a violação a direito/dever familiar.

Em suma, no casamento e na união estável, não é a dissolução que gera o dever de indenizar e nas relações entre pais e filhos não é a falta de amor que acarreta a reparação de dano. É o ato ilícito praticado em desrespeito aos direitos do outro familiar que gera a obrigação de indenizar o dano.

Para que seja aplicável o instituto da responsabilidade civil no Direito de Família, é necessário responder positivamente às seguintes indagações: 1. Há descumprimento de dever familiar? 2. Há dano moral ou material? 3. Há nexos causal entre a violação do dever familiar e os danos?

Fica claro que, segundo a sistemática do Código Civil, a responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar ocorrem quando presentes os seguintes requisitos: ação ou omissão violadora de direito, dano moral e/ou material e nexos de causalidade.

Por último, é importante salientar que, por estar a responsabilidade civil prevista na Parte Geral do Código Civil, não pode haver dúvida sobre a sua aplicação nas relações de família quando ocorre a violação de dever do casamento e da união estável e de dever entre pais e filhos, com a existência de dano, sendo que na violência doméstica é prevista na legislação especial norma expressa sobre a indenizabilidade de danos morais e materiais, como visto neste artigo.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES VARELA, João de Matos. **Direito de família**. Lisboa: Livraria Petrony, 1987.

BASSET, Ursula Cristina. El fundamento de la admisibilidad de los daños y perjuicios en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial Argentino. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz e BASSET, Ursula (Coord.). **Família e Pessoa: uma questão de princípios**. São Paulo: YK, 2018.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. Atual. Eduardo Carlos Bianca Bittar. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BORDA, Guillermo A. **Tratado de derecho civil: família**, v. I. 7ª ed. Buenos Aires, Ed. Perrot, 1984.

CABANELLAS, Beatriz Ramos. Monogamia en Uruguay. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz e BASSET, Ursula (Coord.). **Família e Pessoa: uma questão de princípios**. São Paulo: YK, 2018.

CAHALI, Yussef Said. **Separações conjugais e divórcio**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAMARGO NETO, Theodureto de Almeida. A Responsabilidade Civil por Dano Afetivo. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz e BASSET, Ursula (Coord.). **Família e Pessoa: uma questão de princípios**. São Paulo: YK, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**, v. 6: Direito das Famílias. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FENICHEL, Otto. **Teoria psicanalítica das neuroses**. Tradução Samuel Penna Reis, Rio de Janeiro: Edições Atheneu, 1981.

GANDRA MARTINS, Angela Vidal. A proteção ou a projeção da maior idade: uma breve análise antropológico-jurídica. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz e BASSET, Ursula (Coord.). **Família e Pessoa: uma questão de princípios**. São Paulo: YK, 2018.

KLEIN, Melanie; RIVIERE, Joan. **Amor; ódio e reparação: as emoções básicas do homem do ponto de vista psicanalítico**. Tradução de Maria Helena Senise. 2ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Imago/Universidade de São Paulo, 1975.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Alienação parental: do mito à realidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LÔBO, Paulo. As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 722, 27 jun. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6929>>. Acesso em: 30 abr. 2020.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Versão eletrônica.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Direito de Família**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

MEDINA, Graciela; MAGAÑA, Ignacio Gonzales e YUBA, Gabriela. **Violência de gênero y violencia doméstica: responsabilidad por daños**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros e TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Curso de direito civil: direito de família**, v. 2. 43. ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **O núcleo intangível da comunhão conjugal**. Coimbra: Almedina, 2004.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RINESSI, /Antonio J. **Responsabilidad derivada del divorcio**, in La responsabilidad. Coord. ALTIERI, Atílio Anibal e López Cabana, Roberto M. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. **Reparação civil na separação e no divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1999.

SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile en droit français**. 12. ed. Paris: LGDJ, 1951, t. II.

SEGAL, Hanna. **Introdução à obra de Melanie Klein**. Tradução de Mirtes Brandão Lopes. São Paulo: Editora Nacional, 1996.

STARCK, Boris. **Essai d'une theorie générale de la responsabilité civile considéré en sa double fonction de garantie e de peine privée**. Paris: L. Rodstein, 1947.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (Coord.). **Código Civil comentado**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Dever de Assistência Imaterial entre Cônjuges**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Divórcio e Separação após a EC n. 66/2010**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Monogamia: princípio estruturante do casamento e da união estável. In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz e BASSET, Ursula (Coord.). **Família e Pessoa: uma questão de princípios**. São Paulo: YK, 2018.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Reflexões sobre o reconhecimento da filiação extramatrimonial. In NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade (Coords.), **Revista de Direito Privado**, São Paulo, Ano 1, jan./mar. 2000.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Reparação civil na separação e no divórcio**. São Paulo: Saraiva, 1999.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Responsabilidade civil nas relações entre pais e filhos. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. (Orgs.). **Questões controvertidas no novo Código Civil**, v. 5. São Paulo: Método, 2006.

Recebido em: 10 fev. 2020.

Aceito em: 11 set. 2020.



# A EXPLORAÇÃO ECONÔMICA DE BENS PÚBLICOS POR MEIO DA CESSÃO ONEROSA DE NAMING RIGHTS

**André Dias Fernandes**

Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), Ceará  
andredias@uni7.edu.br

**Letícia Queiroz Nascimento**

Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), Ceará  
leticiaqnascimento@gmail.com

**RESUMO:** O presente artigo analisa a possibilidade jurídica de exploração econômica de bens públicos mediante cessão onerosa do direito de denominação. Para tanto, a metodologia utilizada foi qualitativa e teórica, com emprego dos métodos indutivo e comparativo, uma vez que foram analisados casos concretos de cessão onerosa de *naming rights* de bens públicos, especialmente da experiência estrangeira. No primeiro tópico, analisa-se a forma de gerenciamento de bens públicos em um novo contexto da Administração Pública, considerando o princípio da eficiência e a funcionalidade dos bens públicos. Posteriormente, contextualiza-se a questão da comercialização dos *naming rights* para fins publicitários. No terceiro tópico, reflete-se acerca da viabilidade de utilização da cessão onerosa de *naming rights* como forma de exploração de bens públicos, observando a sua compatibilidade com as normas do direito brasileiro. Conclui-se, por fim, ser possível a aplicação dos *naming rights* como meio de exploração econômica de bens públicos no Brasil, em que pese a inexistência de autorização legislativa expressa para sua realização, desde que observados alguns limites e parâmetros.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Naming Rights*. Bens públicos. Direito de denominação.

*The economic exploitation of public goods through the onerous assignment of naming rights*

**ABSTRACT:** This article analyzes the legal possibility of economic exploitation of public goods through the onerous assignment of the right of denomination. To this end, the methodology used was qualitative and theoretical, with the use of inductive and comparative methods, since specific cases regarding naming rights about public goods were analyzed, especially from foreign experience. In the first topic, the way of managing public goods in a new context of Public Administration is analyzed, considering the principle of efficiency and the functionality of public goods. Subsequently, the question of the commercialization of naming rights for advertising purposes is contextualized. In the third topic, we reflect on the feasibility of using naming rights contracts as a way of exploiting public goods, observing their compatibility with the rules of Brazilian law. Finally, it is concluded that it is possible to apply naming rights as a means of economic exploitation of public goods in Brazil, despite the lack of express legislative authorization for their implementation, provided that certain limits and parameters are observed.

**KEYWORDS:** Naming Rights. Public goods. Right of denomination.

## INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, o modelo organizacional da Administração Pública gerencial, norteado por valores como a eficácia e a eficiência, ganhou força no cenário mundial e suas propostas têm adquirido cada vez mais espaço na gestão pública de diversos países, inclusive no Brasil.

Dentre as transformações ocorridas na Administração Pública, é possível identificar a incorporação de práticas advindas do setor privado e o aumento de administradores gestores, com maior autonomia para decidir, a viabilizar um melhor desempenho da gestão pública e uma modificação da relação entre administradores e administrados.

Paralelamente, em decorrência do desafio de satisfação de necessidades sociais cada vez mais variadas na sociedade “hipermoderna” (Lipovetsky, 2004, *passim*), em perene e acelerada mutação, há um paulatino incremento dos encargos estatais, particularmente tormentosos em quadras de recessão econômica como a atualmente vivenciada no Brasil, conduzindo o Estado à busca de meios alternativos para obtenção de capital com o objetivo de atender às múltiplas demandas sociais.

Dessarte, diante da dificuldade financeira da Administração Pública de atender aos seus muitos compromissos e da inviabilidade de aumento da carga tributária, identifica-se a necessidade de novas fontes de renda pública. É nesse contexto, associado ao movimento de aproveitamento de institutos da administração privada no âmbito da Administração Pública, que se cogita a possibilidade de exploração econômica de bens públicos para fazer face à insuficiência de recursos, sem aumentar a carga tributária.

Os bens públicos, dotados de potencialidade econômica, podem ser utilizados como instrumentos de captação de recursos oriundos da esfera privada, que, por sua vez, podem ser convertidos em benefícios para a sociedade ou para os próprios bens. Assim, é possível que estes bens sejam mais bem geridos e que eventuais ganhos auferidos possam ser revertidos para a Administração Pública, observando o princípio da eficiência e a funcionalidade dos bens públicos.

Inspirado na comercialização de *naming rights*, prática empresarial norte-americana, o Brasil passou a levar a efeito, ainda que de maneira tímida no âmbito das relações privadas, a exploração econômica de bens mediante a cessão onerosa dos direitos de denominação, ativos intangíveis que provaram ser economicamente relevantes.

Este tema cobra relevância com a previsão e disciplina de *naming rights* no anteprojeto de lei do “Programa Universidades e Institutos Empreendedores e Inovadores - Future-se” submetido a consulta pública em janeiro de 2020. Após intenso debate público, foi finalmente enviado à Câmara dos Deputados o respectivo Projeto de Lei (PL n. 3076/2020), preservando, na essência, a disciplina de *naming rights* constante do anteprojeto.

O objetivo deste trabalho é debater a viabilidade jurídica de exploração econômica de bens públicos por meio da cessão onerosa do direito de denominação como fonte alternativa de arrecadação de recursos monetários para a Administração Pública brasileira.

Assim, a partir da análise da experiência estrangeira com a cessão onerosa de *naming rights* de espaços sociais e instituições públicas, questiona-se acerca da possibilidade de utilização desse instituto de origem norte-americana no Brasil e sobre as controvérsias daí derivantes, assim como em relação aos limites impostos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Isto posto, a metodologia utilizada será qualitativa e teórica, uma vez que serão exploradas referências bibliográficas de livros, artigos periódicos e notícias acerca do tema. Ademais,

serão mobilizados os métodos indutivo e comparativo, dado que serão observados casos concretos em que foi utilizada a cessão onerosa do direito de denominação de bens públicos.

Este texto está dividido em três tópicos. Inicialmente, procede-se a uma análise da forma de gestão de bens públicos no Brasil em um novo contexto da Administração Pública, considerando o princípio da eficiência e a funcionalidade dos bens públicos. Posteriormente, é contextualizada a questão da comercialização dos *naming rights* para fins publicitários, utilizando exemplos da experiência estrangeira em relação ao referido instituto. Por fim, são apresentadas reflexões acerca da viabilidade da cessão onerosa de *naming rights* como forma de exploração de bens públicos, sendo observada a compatibilidade com as normas do direito brasileiro.

## 1. O GERENCIAMENTO DE BENS PÚBLICOS NO BRASIL E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Em um cenário onde se vê a necessidade de ampliação de receitas públicas, verifica-se a imprescindibilidade de busca por fontes alternativas de captação de recursos, visto que as necessidades da população crescem além da capacidade de arrecadar dos entes estatais, e os bens públicos podem ser convocados a colaborar para este desiderato.

Antes de estabelecer a possibilidade de utilização da cessão onerosa de *naming rights* para bens públicos como solução, ainda que parcial, para a insuficiência de recursos financeiros, convém melhor compreender como os bens públicos são geridos no Brasil, bem como verificar a sua classificação estabelecida pelo Código Civil.

Existem dois principais critérios utilizados para identificação de um bem público, sendo o primeiro deles relativo à titularidade do bem. Segundo este fundamento, bens públicos são aqueles cuja titularidade é de um sujeito dotado de personalidade jurídica de direito público. O segundo critério é em relação ao regime jurídico aplicável, sendo os bens públicos aqueles subordinados ao regime de direito público (JUSTEN FILHO, 2015, p. 217).

O Código Civil brasileiro define em seu art. 98 que bens públicos são aqueles “do domínio nacional pertencente às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencem”. No seu art. 99, classifica os bens públicos em: a) bens de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; b) bens de uso especial, como edifícios ou terrenos destinados a serviços ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; e c) bens dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.<sup>1</sup>

Verifica-se, mediante a classificação estabelecida pelo Código Civil, que os bens de uso comum do povo e de uso especial são inalienáveis, portanto, não podem ser vendidos ou cedidos, sendo, porém, tal inalienabilidade condicionada à conservação de sua qualificação, consoante prescreve art. 100 do CC/2002. Presume-se, portanto, que desde que não haja modificação do seu estado enquanto bem público, é possível que tal bem possa ser gerenciado pelo ente estatal e instrumentalizado para que atenda às necessidades da Administração Pública.

Os bens dominicais, por outro lado, são alienáveis, devendo ser observadas as disposições da Lei 8.666/93, que determinam os requisitos para sua alienação. Segundo o disposto nos artigos

<sup>1</sup> Ressalte-se ainda a existência das terras indígenas que são consideradas bens públicos por força do art. 231 §4º, da Constituição Federal de 1988, que determina que estas são “inalienáveis, indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis”. Entretanto, não se encaixam na classificação proposta pelo Código Civil Brasileiro.

17 a 19 da referida lei, é possível a alienação dos bens públicos dominicais mediante interesse público devidamente justificado, autorização legislativa, avaliação prévia e licitação nas modalidades de concorrência ou leilão, salvo situações excepcionais.

É possível perceber que o legislador civil estabeleceu uma classificação distinta para os bens públicos, conferindo-lhes, conforme apresentado, tratamento e regimes jurídicos próprios. Entretanto, o ponto de convergência entre as categorias que merece ser ressaltado é que todos possuem uma função para a sociedade.

Ikenaga (2012, p. 8) afirma que, para analisar a possibilidade de exploração econômica de bens públicos, é preciso entender que, independentemente de classificação, os bens públicos são dotados de funcionalidade pública.

Quanto à possibilidade de exploração econômica dos bens públicos, verifica-se que estes, por via de regra, possuem amplo alcance e visibilidade, o que lhes confere alta potencialidade econômica, e são considerados atrativos para que investidores (empresas privadas ou pessoas físicas) possam aplicar o seu capital nestes bens.

O direito de denominação de bens públicos, por exemplo, pode ser inserido na categoria de ativos intangíveis. Para Hoss (2008), ativos intangíveis são incorpóreos e podem ser representados por bens e direitos associados a uma organização e, independentemente de estarem contabilizados, possuem valor e podem agregar vantagens competitivas, tal como é o caso de uma marca. Portanto, são passíveis de exploração econômica e de produção de vantagens financeiras que podem ser utilizadas em benefício do próprio bem ou para os administrados, sem que o bem venha a ser deteriorado ou perca a sua funcionalidade pública.

Além do alcance a um grande número de pessoas e da visibilidade que o bem público costuma possuir, o adquirente do direito de denominação pode ser beneficiado por uma publicidade gratuita indireta, visto que é bastante comum que bens e espaços públicos tenham seus nomes divulgados em meios de comunicação e mídias sociais. Assim, quando um veículo de comunicação citar o bem público, mencionará o nome do investidor que adquiriu o direito de denominação.

Assim, pelo menos a princípio, não haveria razão para que a Administração Pública não pudesse (ou até mesmo devesse) utilizar a já mencionada potencialidade econômica dos bens públicos e de seus ativos intangíveis, e explorá-los economicamente para que os bens públicos possam efetivamente exercer, da maneira mais plena possível, suas funcionalidades em prol dos administrados.

Desta maneira, entende-se que os bens públicos possuem o importante papel de instrumento de satisfação de demandas sociais, enquanto a administração, agindo de modo eficiente e voltado à funcionalidade pública, deve dar plena utilidade ao espaço público, evitando condutas (ativas ou omissivas) que não atendam sua função social (ALMEIDA, 2013, p. 4).

Trata-se, pois, de instrumentalização adequada dos bens públicos. Exige-se cada vez mais eficiência dos administradores, que podem (e devem) utilizar toda a potencialidade econômica dos bens públicos como ferramenta para o cumprimento dos encargos estatais.

Afastando-se (mas não rompendo) cada vez mais do modelo burocrático, o Brasil gradativamente se apropria do modelo gerencial da Administração Pública, que pode ser definido como um modelo pós-burocrático para a estruturação e a gestão da Administração Pública baseado em valores de eficiência, eficácia e competitividade (SECCHI, 2009, p. 354).

A nova fase vivida pela Administração Pública se distancia do modelo burocrático e guarda aspectos do gerencialismo, ancorando o seu modelo organizacional no princípio da eficiência. Este princípio foi elevado ao *status* constitucional pela Emenda Constitucional nº 19/98, de maneira que a Administração Pública direta ou indireta deve obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Di Pietro (2017, p. 115) assevera que o princípio da eficiência deve somar-se aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de colocar-se em risco a segurança jurídica e o próprio Estado de Direito.

Nesse sentido, questiona-se acerca dos limites ao princípio da eficiência. É necessário ponderar a sua aplicação, uma vez que um princípio, teoricamente, não pode servir de “carta branca” para que os agentes da Administração Pública possam agir com a liberdade da autonomia da vontade comum às relações privadas. Ademais, conforme mencionado, a Administração Pública deve obedecer tanto ao princípio da eficiência, como ao da legalidade.

Critica-se, por vezes, tamanha liberdade em razão da indisponibilidade do interesse público, salientando-se que, no direito administrativo brasileiro, disposições constitucionais genéricas conferem aos agentes administrativos a possibilidade de justificar virtualmente qualquer tipo de ação (SCHIRATO, 2011, p. 138).

Além disso, nenhum órgão público se tornará mais eficiente em razão de a eficiência ter sido elevada a princípio constitucional, sendo preciso que se mude a mentalidade dos governantes e gestores, que devem agir em busca dos interesses reais da coletividade e não de seus interesses pessoais (CARVALHO FILHO, 2019, p. 31).

De qualquer sorte, à vista da necessidade de captação de recursos financeiros adicionais, vitais em períodos de crise econômica, e da evolução da Administração Pública que aos poucos se desvencilha do burocratismo, revela-se insensata a perda de oportunidades de arrecadação por meio de bens públicos que podem atender a fins de maior relevância para os administrados.

Assim sendo, a cessão onerosa dos direitos de denominação de bens públicos como forma de obtenção de benefícios econômicos, sejam eles de natureza pecuniária ou não, é um exemplo concreto da mudança pela qual a Administração Pública vem passando nos últimos anos, utilizando institutos mais eficientes advindos da iniciativa privada.

## **2. NAMING RIGHTS: A CESSÃO ONEROSA DO DIREITO DE DENOMINAÇÃO**

De início, cumpre ressaltar que a tradução literal da locução americana “*naming rights*” para o vernáculo gera alguns inconvenientes, uma vez que expressões como “direito ao nome” ou “direito à nomeação” já são empregadas em alguns ramos do direito com significados específicos, relacionados aos direitos da personalidade ou a cargos públicos, por exemplo. Assim, alguns autores preferem aludir a “direito de denominação” (ou “direito à denominação”) ou a “atribuição de nome” ao tratar dos *naming rights*.

A cessão onerosa de *naming rights* teve seus primeiros registros no início do século XX nos Estados Unidos, num cenário em que clubes de esporte que necessitavam de novas fontes de recursos financeiros passaram a ceder o direito de denominação de suas arenas esportivas em troca de investimentos de empresas privadas, difundindo-se a prática ao redor do mundo (TREX, 2008).

A atribuição de um nome permite a conceitualização dos sujeitos e dos objetos, possuindo as funções de identificação do sujeito ou do objeto nomeado, e, por conseguinte, exerce o papel de diferenciá-los entre si. Além disso, pode apresentar – mas não necessariamente – uma função de personificação, de modo que o nome deixa de ser algo externo ao sujeito, tornando-se indissociável de sua própria existência. Desempenhando tais funções, os nomes adquirem relevância econômica, de modo que as escolhas dos consumidores passam a ser influenciadas pela imagem associada aos nomes (JUSTEN FILHO, 2015, p. 222).

Assim, é possível reconhecer que os nomes possuem relevância econômica para as atividades empresariais, e, por consequência, ensejam a possibilidade de auferir renda a partir da exploração do correlato direito de nomear. A partir dessa perspectiva, especialmente no cenário internacional, iniciou-se a prática empresarial de cessão onerosa do direito à denominação de uma atividade ou um edifício para fins publicitários.

Define-se a comercialização do direito de denominação como sendo um negócio jurídico pelo qual uma pessoa física ou jurídica adquire o direito de denominar um determinado equipamento ou evento, público ou privado, durante determinado período, mediante uma contraprestação pecuniária (URBANO, 2013, p. 4).

Verificou-se que a cessão onerosa do direito de denominação acarretava uma visibilidade significativa para o adquirente, reforçando o entendimento de que a nomeação é relevante economicamente, passando a ser compreendida como um ativo intangível.

É importante destacar que a cessão onerosa de *naming rights* apenas confere ao adquirente o direito de nomeação, de modo que a propriedade permanece sendo do titular do bem. Portanto, ainda que uma pessoa ou empresa obtenha o referido direito, não poderá alienar e dispor da propriedade, já que este negócio jurídico não atinge a titularidade do bem.

Quanto ao período de cessão do direito de denominação, cumpre destacar que, atualmente, os contratos de *naming rights* são normalmente celebrados por prazo determinado, mesmo porque é importante que o titular do bem não perca de forma definitiva o direito de nomear livremente, visto que esta é uma prerrogativa inerente à propriedade. Embora nos primórdios da experiência norte-americana se deparem vários casos de cessão permanente do direito à denominação em relação a bens privados (e ainda hoje se celebrem contratos de cessão permanente<sup>2</sup>, malgrado a tendência de predomínio das cessões temporárias), tal perpetuidade seria dificilmente compaginável com o regime jurídico dos bens públicos no ordenamento brasileiro.

Com efeito, mesmo no que diz com bens privados, verificou-se que a perpetuidade da cessão seria, por via de regra, inconveniente, por privar definitivamente o proprietário do bem da possibilidade de celebrar novos contratos de *naming rights*, reduzindo as receitas potencialmente daí advindas. Mister é de ressaltar que o valor de tais cessões onerosas tem aumentado exponencialmente nas últimas décadas<sup>3</sup>, de maneira que os custos de oportunidade<sup>4</sup> decorrentes

---

<sup>2</sup> “If the named gift was for an endowment in perpetuity then there are no restrictions on the length of term. As in the example of the endowed chairs set up at Oxford and Harvard hundreds of years ago, they both still exist today.” (BURTON, 2008, p. 163).

<sup>3</sup> Acerca da escalada dos valores dos contratos de *naming rights*, cf. BURTON, 2008, p. 1-48.

<sup>4</sup> “When economists refer to the ‘opportunity cost’ of a resource, they mean the value of the next-highest-valued alternative use of that resource. If, for example, you spend time and money going to a movie, you cannot spend that time at home reading a book, and you cannot spend the money on something else. If your next-best alternative to seeing the movie is reading the book, then the opportunity cost of seeing the movie is the money spent plus the pleasure you forgo by not reading the book. [...] This simple concept has powerful implications. It implies, for example, that even when governments subsidize college education, most students still pay more than half of the cost. Take a student who annually pays \$4,000 in tuition at a state college. Assume that the government subsidy to the college amounts to \$8,000 per student. It looks as if the cost is \$12,000 and the student pays less than half. But looks can be deceiving.

da perenidade da cessão seriam muito elevados. No caso dos bens públicos, além de razões econômicas, há ainda aspectos morais, republicanos e jurídicos por ponderar, uma vez que a perpetuidade da cessão magnifica e acentua a impressão de privatização do bem público, além de suprimir da Administração e da sociedade o direito de rever periodicamente as escolhas feitas à luz do sempre cambiante interesse público.<sup>5</sup>

Portanto, no que entende com *naming rights* sobre bens públicos, o caráter transiente do contrato é inarredável no direito pátrio.

Em relação à natureza do bem cujos ativos serão objeto do negócio jurídico, é importante que haja compatibilidade entre o bem e o adquirente que irá usufruir do direito de denominação, especialmente quando se trata do direito de denominação de bens públicos, como será melhor abordado no terceiro tópico deste trabalho.

A comercialização dos *naming rights* é comumente utilizada para a denominação de arenas e eventos esportivos, entretanto não há restrição para adotar a prática em outros espaços, cujos ativos são relevantes economicamente e são capazes de auferir ganhos econômicos para bens como hospitais, escolas, estações de transporte coletivo etc.

É evidente, portanto, a potencialidade econômica do instituto da cessão onerosa do direito de denominação como meio alternativo de arrecadação de recursos financeiros. Não se pode olvidar, entretanto, que não existem apenas aspectos positivos em nenhuma forma de transação empresarial, de modo que não poderia ser diferente com a comercialização de *naming rights*.

Para que o Brasil possa exercer com habilidade a prática empresarial que envolve os direitos de denominação, convém extrair lições de casos concretos da experiência estrangeira, considerando todos os aspectos, inclusive os possíveis riscos advindos da atividade. Dessa forma, é possível que o ordenamento jurídico brasileiro possa aperfeiçoar o instituto jurídico e se resguardar de eventuais adversidades, corrigindo erros do passado e adaptando a atividade às normas brasileiras.

Nesse contexto, quadra mencionar o caso da empresa *Enron Corporation*, apontado pela doutrina como exemplo paradigmático de experiência negativa de contratação de *naming rights* de estádio esportivo. A empresa de energia, *commodities* e serviços dos Estados Unidos adquiriu o direito de denominação de um estádio de beisebol por 100 milhões de dólares pelo prazo de trinta anos; entretanto, dois anos após a contratação, em razão de escândalos de contabilidade (JORNAL CONTÁBIL, 2018), o estádio comprou de volta o direito de denominação por 2,1 milhões de dólares (ISIDORE, 2002).

Trata-se de um exemplo clássico de cessão de *naming rights* malsucedida, que ocasionou uma publicidade negativa para o bem em razão de um escândalo envolvendo a empresa investidora, evidenciando a associação inevitável entre os envolvidos no negócio jurídico.

---

The true cost is \$12,000 plus the income the student forgoes by attending school rather than working. If the student could have earned \$20,000 per year, then the true cost of the year's schooling is \$12,000 plus \$20,000, for a total of \$32,000. Of this \$32,000 total, the student pays \$24,000 (\$4,000 in tuition plus \$20,000 in forgone earnings). In other words, even with a hefty state subsidy, the student pays 75 percent of the whole cost. This explains why college students at state universities, even though they may grouse when the state government raises tuitions by, say, 10 percent, do not desert college in droves. A 10 percent increase in a \$4,000 tuition is only \$400, which is less than a 2 percent increase in the student's overall cost". (HENDERSON, 2006).

<sup>5</sup> Consoante Luis Felipe Sampaio (SAMPAIO, 2017, p. 147), contratos perpétuos de *naming rights* sobre bens públicos são juridicamente possíveis, mas devem ser evitados. Já para Marçal Justen Filho, "a cessão deverá ser temporária, por prazo determinado. Não caberá promover a cessão definitiva e permanente da denominação do bem público – precisamente porque isso configuraria uma forma de alienação do dito cujo." (JUSTEN FILHO, 2015, p. 237).

Ressalte-se que o início da prática de utilização dos *naming rights* se deu nos Estados Unidos, onde eram comuns manifestações de agradecimento por doações de recursos para obras e atividades filantrópicas, que nomeavam as suas instituições em homenagem aos doadores. No entanto, nestes casos não havia contraprestação pecuniária, mas somente a nomeação honorífica.

Portanto, quando o adquirente do direito de nomeação é pessoa física, é comum que cause confusão entre a população de um modo geral, que pode acabar por confundir a aquisição deste direito com a nomeação honrosa.

No Brasil, a comercialização do direito de denominação ainda é figura pouco conhecida e explorada de maneira tímida pelos empresários para fins publicitários, mas tem crescido no que respeita a arenas esportivas, como, por exemplo, a Kyocera Arena, do Clube Atlético Paranaense<sup>6</sup>, e o Allianz Parque, do Clube do Palmeiras.

Em razão do crescimento da prática empresarial entre os particulares, esta atividade rapidamente se expandiu para a iniciativa pública em alguns países. Atualmente, é comum nos EUA e em alguns países europeus que prédios públicos, instituições de ensino, bibliotecas e parques públicos utilizem a cessão onerosa de *naming rights* como meio de captação de recursos e superação de eventuais dificuldades financeiras do Estado.

No âmbito público brasileiro, poucos são os exemplos que podem ser citados, como o edital de concessão de uso da Pedreira Paulo Leminski, no município de Curitiba, que abria a possibilidade de concessão de uso da pedreira, incluindo o seu direito de denominação. Contudo, não houve boa aceitação pela população, que não se sentiu contemplada pela iniciativa municipal, sendo um modelo ineficiente de exploração econômica de bens públicos, dado que não atendeu aos interesses dos administrados.<sup>7</sup>

No contexto internacional, na cidade de Dubai, por exemplo, foi franqueada a aquisição onerosa do direito de denominação de estações metroviárias por parte de empresas privadas. O objetivo do projeto, lançado em 2012, foi a arrecadação de recursos, que permitiram a elevação da qualidade do serviço de transportes públicos, trazendo reais benefícios para os usuários desse serviço.

A comercialização de *naming rights* gradativamente passou a ser inserida nas práticas dos agentes públicos e ter maior relevância para a população da cidade. Em 2019, a empresa de refrigerantes Coca-Cola assinou um contrato de dez anos com a Arena esportiva de Dubai, possibilitando a construção da maior área coberta da região do Oriente Médio e Norte da África (HALLIGAN, 2019).

Percebe-se que vários são os requisitos que devem ser observados para que seja legitimamente efetuada a cessão dos direitos de denominação de bens públicos, levando-se em conta não somente a instrumentalização do bem como fonte de captação de recursos, mas, outrossim, a necessidade de participação popular, a corroborar a efetiva existência de interesse público na cessão e a conferir legitimidade ao instituto.

Diante dos casos apresentados, é absolutamente necessária a análise da cessão onerosa de *naming rights* em países onde a prática está mais bem desenvolvida, para que seja possível a adequação e aprimoramento do instituto norte-americano ao ordenamento jurídico brasileiro, caso contrário a expansão da prática no Brasil pode ocasionar prejuízos, seja nas relações entre particulares, seja no âmbito da Administração Pública.

<sup>6</sup> Disponível em: <http://jcrs.uol.com.br/noticias.aspx?pCodigoNoticia=10908&pCodigoArea=40>. Acesso em: 15 jul. 2019.

<sup>7</sup> Disponível em: <https://www.cmc.pr.gov.br/anexo.php?anexo=23434>. Acesso em: 15 jul. 2019.

### 3. A VIABILIDADE DE UTILIZAÇÃO DOS *NAMING RIGHTS* PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA COMO MEIO DE EXPLORAÇÃO ECONÔMICA DE BENS PÚBLICOS

Nos Estados Unidos, local onde foi difundida a comercialização dos *naming rights*, passou a ocorrer a utilização dessa figura no setor público como uma alternativa à necessidade de captação de recursos do Estado. Ressalte-se a necessidade de observar a experiência norte-americana, considerando os seus aspectos positivos e negativos, de modo a evitar a reprodução de determinadas situações que podem prejudicar a instituição que cede o direito de denominação, especialmente no setor público.

A exploração econômica do espaço público tem como principal efeito direto o incremento na arrecadação, com baixos custos de transação. Ainda, os *naming rights* podem gerar alguns efeitos indiretos, sendo possível destacar a possibilidade de se efetuar a prestação de serviços de interesse coletivo de maneira mais ampla, eficiente e com melhor qualidade e a redução da carga fiscal da sociedade (ALMEIDA, 2013, p. 4-5).

Impende relembrar que a cessão onerosa dos *naming rights* não implica transferência da titularidade do bem. Assim, quando ocorre a cessão do direito de denominação de um bem público, este permanece sendo de propriedade do ente estatal, transferindo-se, temporariamente, apenas o direito à atribuição de denominação.

Com a disseminação da prática, passou-se a utilizá-la como alternativa arrecadatória de recursos do setor privado para o setor público. No âmbito da educação, escolas públicas norte-americanas no início do século XXI passaram a comercializar o direito de denominação, em razão de duas forças: a necessidade de dinheiro das escolas e a necessidade de publicidade dos negócios (BLOCHER, 2006, p. 2).

No contexto brasileiro, é possível perceber que existem demais negócios jurídicos semelhantes à cessão onerosa dos direitos de denominação de bens públicos. Diferencia-se este instituto, por exemplo, da adoção de espaço público, da nomeação honorífica e da doação com encargo de bens privados para a Administração Pública.

Na ambiência federal, a nomeação honorífica não pode homenagear indivíduos vivos. A Lei Federal nº 6.454/77 proíbe a atribuição de nome de pessoa viva a bem público de qualquer natureza.<sup>8</sup> Trata-se, portanto, de uma demonstração unilateral de reconhecimento, não havendo

<sup>8</sup> Pelo que se deduz de sua literalidade, a Lei 6.454/77 não se aplica a entidades estaduais e municipais, à exceção das que recebam subvenção ou auxílio dos cofres públicos federais. É recomendável, porém, que sejam promulgadas leis análogas nas esferas estadual e municipal. Eis o seu teor: “Art. 1º É proibido, em todo o território nacional, atribuir nome de pessoa viva ou que tenha se notabilizado pela defesa ou exploração de mão de obra escrava, em qualquer modalidade, a bem público, de qualquer natureza, pertencente à União ou às pessoas jurídicas da administração indireta. (Redação dada pela Lei nº 12.781, de 2013)

Art. 2º É igualmente vedada a inscrição dos nomes de autoridades ou administradores em placas indicadores de obras ou em veículo de propriedade ou a serviço da Administração Pública direta ou indireta.

Art. 3º As proibições constantes desta Lei são aplicáveis às entidades que, a qualquer título, recebam subvenção ou auxílio dos cofres públicos federais.

Art. 4º A infração ao disposto nesta Lei acarretará aos responsáveis a perda do cargo ou função pública que exercerem, e, no caso do artigo 3º, a suspensão da subvenção ou auxílio.” Invocando tal Lei e o art. 37, § 1º, da CF/88, bem como os princípios da moralidade, impessoalidade e legalidade, o CNJ editou a Resolução 140/2011, proibindo a atribuição de nomes de pessoas vivas aos bens públicos “sob a administração de órgãos do Poder Judiciário”, abrangendo, portanto, o Poder Judiciário estadual. Revogou ainda a Resolução CNJ 52/2008, que permitia a nomeação se “o homenageado for ex-integrante do Poder Público, e se encontre na inatividade, em face da aposentadoria decorrente de tempo de serviço ou por força da idade”, mas preservou a validade das “atribuições de nomes firmadas até 29 de março de 2011” nos moldes da resolução revogada.

contraprestação pecuniária em razão da nomeação, nem relação contratual. Não há confundi-la, portanto, com a cessão onerosa de *naming rights*. Nos EUA, todavia, é frequente, assinaladamente no âmbito universitário, que, em agradecimento a uma doação vultosa, a instituição espontaneamente resolva atribuir o nome do doador a prédio, sala, bolsa de estudos ou cátedra da referida instituição. No entanto, de último tem-se tornado mais comum a “doação filantrópica condicionada” e a comercialização dos *naming rights*, normalmente ofertados nos sítios eletrônicos de Universidades estadunidenses sob o apelo de “*naming opportunities*”, por vezes acompanhadas de tabelas de valores, à maneira de uma lista de compras.<sup>9</sup>

A adoção de espaços públicos também não se confunde com a exploração de *naming rights*, embora ambas possuam em comum a ideia de desoneração da Administração Pública e de preservação do patrimônio público. Enquanto a cessão onerosa de direito de denominação permite a atribuição de nome a um bem público, a adoção comercial permite tão somente a colocação de placa ou símbolo do adotante no espaço adotado, em troca da conservação da área adotada. Destarte, o nome do espaço público permanece o mesmo. Ademais, a contraprestação feita pelo adotante não é pecuniária, mas sim em forma de serviço de conservação (SAMPAIO, 2017, p. 79-80).

Outrossim, a exploração econômica da atribuição de nome também se distingue da doação com encargo de um bem privado para a Administração Pública. Enquanto esta é irrevogável e possui natureza *intuitu personae*, a venda de *naming rights* deve ser realizada por prazo determinado a qualquer indivíduo que preencha os requisitos que forem estipulados para tal (IKENAGA, 2012, p. 86).<sup>10</sup>

Conforme estabelecido anteriormente, inúmeros são os benefícios para as empresas privadas que investem em bens públicos, em razão da sua alta potencialidade econômica e visibilidade, enquanto a Administração Pública apresenta a necessidade de encontrar novas formas de arrecadação de valores para que consiga cumprir com todos os seus encargos. Ademais, a cessão de *naming rights* não impede o uso normal do bem público, não trazendo nenhum prejuízo ou limitação ao serviço público eventualmente prestado no prédio público cujo direito de denominação foi cedido. Assim, por exemplo, a atribuição de um nome a um auditório ou sala de aula de Faculdade não embaraça em nada o uso regular do espaço pelos alunos, professores e visitantes, mas é fonte geratriz de receita para a respectiva Faculdade, que poderá melhorar as condições físicas do próprio bem ou investir na melhoria de outras instalações da Faculdade em benefício de seus usuários. Percebe-se então haver interesses relevantes para ambas as partes.

À vista desses benefícios mútuos, não se vislumbra, a princípio, nenhum óbice intransponível à celebração de contratos de *naming rights* sobre bens públicos, parecendo uma solução

---

<sup>9</sup> “Universities and colleges have long been named after donors—think of Harvard, Yale, Brown, and many others. By today’s standards, John Harvard would hardly get a bench named after him given the modesty of his gift of books for the library back in the 17th century. At least one institution, Rowan University of New Jersey, changed its name when someone made a large donation—the old title was Glassboro State College. Buildings have traditionally been named after people—distinguished scholars, visionary academic leaders, and recently, big donors. ‘Old Main’ and Bascom Hall are indicative of a bygone age when place and merit were recognized. Now we have the Gloria and Jake Smith Administration Pavilion and the McGinty Family Chemistry Center. Many schools give donor names to class and seminar rooms. More than one institution of higher education puts names on its chairs—the kind that one sits in rather than endowed professorships. Professorships have long been named for donors of endowments—but some of the donors who have put their names on chairs raise eyebrows—the FedEx chair and many others. No doubt there is an Enron chair still out there somewhere.” (ALTBACH, 2005, p. 17). Cf. ainda: BURTON, 2008, p. 82 *et seq.*

<sup>10</sup> SAMPAIO (2017, p. 80-91; 178) admite, em caráter excepcional, a doação de bem particular à Administração Pública com o encargo de esta atribuir o nome indicado pelo doador (ao bem doado ou a outro bem público) desde que (a) haja impossibilidade de competição para doação do bem, hipótese em que a licitação seria inexigível, e (b) o direito de denominação possua valor proporcionalmente inferior ao do bem doado, a ponto de não desnaturar o encargo.

simples para minimizar a escassez de recursos de organizações públicas e demonstrando ser uma eficiente forma de publicidade para as instituições privadas.

No que se refere às instituições de ensino, as escolas públicas brasileiras, em regra, apresentam condições de funcionamento deploráveis, de modo que a comercialização dos direitos de denominação pode contribuir para reverter esse quadro.

No contexto do ensino superior, a situação é mais favorável, porquanto as universidades federais brasileiras são mais bem estruturadas do que as instituições de educação básica, uma vez que são mantidas por verbas federais. Entretanto, ainda há necessidade de maior captação de recursos para o alcance de desempenho satisfatório na pesquisa e produção acadêmica.

Nessa perspectiva, o Ministério da Educação (MEC) anunciou o “Programa Universidades e Institutos Empreendedores e Inovadores - Future-se”, que, por meio de lei ordinária, possibilitaria, dentre outras medidas, a cessão onerosa de direitos de denominação associados às universidades e institutos federais. As instituições que optarem por participar do programa ficarão autorizadas a conceder a pessoas físicas ou jurídicas o direito de nomear uma parte de um bem, móvel ou imóvel, de um local ou evento, em troca de compensação pecuniária ou “economicamente mensurável”.

Eis, no que interessa, o teor do anteprojeto de lei, publicado no DOU em 03.01.2020 (seção 1, p. 1) e submetido a consulta pública até 24.01.2020:

Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se: [...]

VI - contrato de concessão de direito de nomear (*namings rights*) - instrumento jurídico que confere à pessoa física ou jurídica o direito de nomear bem, evento ou local de propriedade da universidade ou do instituto federal, por meio de contraprestação de recursos financeiros ou não, desde que economicamente mensurável; [...]

Art. 22. As universidades e os institutos federais poderão celebrar contratos de concessão de direito de nomear, com pessoas físicas ou jurídicas, para a exploração econômica de nome ou de marca, em contraprestação de recursos financeiros ou não, desde que economicamente mensuráveis.

§ 1º O contrato de concessão do direito de nomear poderá abranger uma parte ou a totalidade de bem, móvel ou imóvel, de local ou de evento.

§ 2º A celebração do contrato de concessão do direito de nomear será precedida de edital de chamamento público e o processo administrativo correspondente será instruído com a justificativa do preço.

§ 3º A superveniência de atos ou fatos que depreciem o nome ou a marca constitui hipótese de rescisão do contrato, sem ônus para a concedente, demonstrada a potencialidade de causar prejuízo à instituição e respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

§ 4º Insere-se no âmbito da autonomia universitária, prevista no art. 207 da Constituição, a imposição de regras e limites para a escolha do nome ou da marca e para a definição do prazo do contrato.<sup>11</sup>

O referido programa tem por finalidade o fortalecimento da autonomia administrativa e financeira das Instituições Federais de Ensino Superior – IFES, por meio de parceria com orga-

<sup>11</sup> Texto com as manifestações oriundas da consulta pública disponível em: <http://www.participa.br/future-se/anteprojeto-de-lei-que-institui-o-programa-universidades-e-institutos-empreendedores-e-inovadores-future-se>. Acesso em: 29 fev. 2020. A redação final do Projeto de Lei enviado à Câmara dos Deputados (PL n. 3076/2020) reproduz textualmente, no seu art. 20, o teor do art. 22 do anteprojeto acima transcrito, com mera alteração da dicção do § 4º, que passou a ser a seguinte: “Art. 20. [...] § 4º As universidades e os institutos federais poderão estabelecer regras e limites para a escolha do nome ou da marca e para a definição da duração do prazo do contrato.”

nizações sociais e do fomento à captação de recursos próprios. Todavia, a maior parte das universidades federais, a exemplo da de São Paulo (Unifesp), do Rio de Janeiro (UFRJ) e de Brasília (UnB), já havia decidido não aderir ao programa ou manifestado críticas severas ao programa (CAFARDO; MENGUE, 2019). Dentre os argumentos dos que rejeitam a proposta, sobressai a gestão dos recursos com a participação de Organizações Sociais, o que pressupõe diminuição da autonomia das instituições, gerando fragilidades e riscos para as instituições aderentes. A despeito da polêmica envolvendo o programa “Future-se”, o tema específico dos *naming rights* não parece ser foco de resistência significativa.

De qualquer sorte, ao tratar de *naming rights* de bens públicos, determinados aspectos negativos não podem ser desconsiderados. Almeida (2013, p. 6) aponta como desvantagem a possibilidade de haver uma diminuição no valor moral atribuído ao espaço público, em virtude da diminuição, na perspectiva coletiva, da sensação de que o ambiente explorado é realmente público, o que pode esvaziá-lo daquilo que o torna interessante aos particulares potencialmente propensos à exploração: a existência de identidade e valores comunitários em torno do bem público.

Da mesma maneira que a aquisição de *naming rights* pode ser positiva para os investidores, que terão seus nomes associados a determinados espaços/bens públicos, estes passariam a agregar os valores das marcas. Vê-se a importância de estabelecer uma relação de coerência e harmonia entre as atividades públicas e privadas para que o contrato de cessão onerosa do direito de denominação faça sentido e de fato traga benefícios tanto para a Administração Pública, quanto para as empresas privadas.

Ikenaga (2012, p. 43) aponta, dentre os possíveis problemas oriundos da prática, eventual ofensa à ordem democrática, ausência de identificação do bem por parte da sociedade e eventos supervenientes não previstos. Sobre a eventual ofensa à ordem democrática, a autora afirma estar relacionada à ausência de transparência quanto aos critérios de escolha dos particulares. Tal preocupação é legítima, razão pela qual é necessário estabelecer critérios de transparência nas escolhas dos investidores, recorrendo a procedimento seletivo imparcial (licitação, chamamento público, etc.), assim como informar o montante exato investido em determinado bem.<sup>12</sup>

A cessão de *naming rights*, em especial quando se trata de bens públicos, deve atender ao critério de identificação por parte da sociedade em relação ao bem. Do contrário, poderá haver rejeição da população ao nome e conseqüente prejuízo à imagem da pessoa física ou jurídica que o atribuiu ao bem público. Em relação à legitimidade do ato administrativo que determina a

---

<sup>12</sup> Exigindo, por via de regra, licitação: “Como regra, a licitação será obrigatória para promover a cessão onerosa de direito à denominação. Assim se passa porque a cessão onerosa do direito à denominação configura uma relação jurídica de cunho contratual. Trata-se de ceder em favor de um particular determinado a fruição de um benefício relacionado com um bem público (princípio da isonomia). A licitação deverá ser modelada pela licitação para delegação de competências. Ou seja, a hipótese examinada deve ser subordinada ao modelo licitatório da Lei nº 8.987, antes do que àquele da Lei nº 8.666. Assim se passa porque a cessão do direito à denominação não configura um contrato de permuta entre Administração e particular. Não se trata de relação jurídica que verse sobre a realização de prestações recíprocas entre Administração Pública e particular. O particular será investido na faculdade de explorar uma potencialidade econômica de um bem público, mediante determinada remuneração. Essa modalidade contratual não se confunde nem com compra, nem com obra, nem com serviço. Está mais próxima à alienação (temporária) de uma faculdade de titularidade pública, o que justifica a submissão ao regime licitatório da concessão ou permissão de serviço público. No entanto, poderá configurar-se situação de inexigibilidade de licitação, quando se evidenciar a inviabilidade de competição. Essa é uma questão a ser examinada em face do caso concreto.” (JUSTEN FILHO, 2015, p. 237). Admitindo chamamento público: “Quando o encargo publicitário for tal que exclua a possibilidade de outros possíveis donatários fazerem o mesmo, como um *naming rights*, placa publicitária exclusiva ou em posição evidentemente preferencial em algum bem público, é imperativo a realização de procedimento seletivo. Esse procedimento seletivo deve garantir os valores constitucionais que são a base do artigo 37, XXI, da CF e foram explicitados pelo artigo 2º, XII, da Lei nº 13.019/14. Não é a pura e simples existência do encargo na doação que atrai o chamamento público, mas apenas aquele excluyente de que outros doadores façam o mesmo.” (BIM; FARIAS, 2018, p. 60).

comercialização do direito de denominação de um bem público, apresenta-se razoável a realização de consulta pública aos administrados, conferindo maior aceitabilidade do negócio jurídico por parte da população.

No âmbito da Administração Pública, pautada pela persecução do interesse público, o cuidado com a escolha do investidor privado deve ser ainda maior, dado que, uma vez que uma empresa adquire o direito de nomeação de um espaço público, é inevitável que seja feita uma associação entre os dois, o que nem sempre gerará benefícios a ambas as partes. Ademais, determinados serviços públicos podem ser associados como sendo de iniciativa de uma empresa particular, causando confusão para os administrados que podem não compreender a questão do direito de denominação para fins exclusivamente publicitários.

Nesse sentido, Bartow (2007, p. 930) afirma que algumas marcas parecem perfeitamente contentes em permitir que os consumidores fiquem confusos sobre a associação entre as marcas e a identidade dos reais fornecedores de bens e serviços.

Ainda utilizando o exemplo das escolas públicas norte-americanas, questiona-se a aceitação de investidores cujas mensagens ou identidades não são compatíveis com instituições de ensino e/ou inapropriadas para crianças e adolescentes, portanto, devem ser evitadas, como marcas de refrigerante ou de bebidas alcoólicas. Da mesma maneira, é patente que um hospital não deve ser designado com o nome de uma indústria de cigarros.

Ocorre que, conforme lembra Blocher (2006, p. 3), rejeitar investidores indesejáveis pode não ser tão simples quanto parece, pois a recusa pode ser discutida em juízo sob o argumento de discriminação e de violação do disposto na Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos, à consideração de que os *namings rights* configuram uma forma de “*speech*”, embora a mensagem e seu emitente não sejam claros.<sup>13</sup>

Verifica-se, pois, a necessidade de serem estabelecidos critérios e limites para a venda dos direitos de denominação para que haja coerência e transparência em tais relações negociais, visto que os ganhos financeiros advindos do patrocínio não podem ser o único parâmetro utilizado para determinar quem será o patrocinador. Do contrário, corre-se o risco de desnaturar a essência dos bens públicos patrocinados.

A principal objeção à concessão de *namings rights* de bens públicos no Brasil consiste na suposta necessidade de prévia autorização legislativa. Não há disposição expressa na legislação brasileira que proíba ou permita a cessão onerosa do direito de denominação (de bens públicos ou privados), de modo que tal transação poderia ser interpretada como ofensa ao princípio da legalidade administrativa.

Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite, enquanto no âmbito das relações entre os particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe (DI PIETRO, 2017, p. 96).

<sup>13</sup> “Experience in other areas of government sponsorship suggests that soft drink and candy companies are not the biggest threat. Other undesirable sponsors—including advocates of truly reprehensible political and social ideas—may be lurking, hoping, quite literally, to make a name for themselves through a school sponsorship deal. Unfortunately, simply saying ‘no’ to these sponsors may be more difficult than school boards expect. The selection of named sponsors raises concerns that can lead straight from the schoolhouse to the courthouse: Once a school has one named sponsor, other would-be sponsors may be able to claim a First Amendment right to participate, just as would-be speakers have a constitutional right to participate in other government-created forums. Unfortunately, very few school board policies are currently attuned to this First Amendment concern, leaving schools that turn down a sponsor’s offer open to charges of viewpoint and content discrimination and the very real possibility that they will have to accept sponsors whose products or message they oppose.” (BLOCHER, 2006, p. 1).

Característico do Estado de Direito, o referido princípio, segundo Carvalho Filho (2019, p. 20), denota a relação entre a atividade legislativa e a de executar as leis (administração e jurisdição), de modo que somente é legítima a atividade do legislador público se estiver condizente com o disposto em lei.

De feito, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite, mas não é necessário que tal permissão seja sempre expressa, podendo, portanto, ser implícita, inferível mediante interpretação sistemática da legislação. Da mesma forma, a Administração não pode fazer aquilo que a lei proíbe, explícita ou implicitamente. Do contrário, a atuação administrativa ficaria excessivamente engessada ou paralisada.

Segundo Medauar (2018, p. 117), o princípio da legalidade traduz-se, de modo simples, na seguinte fórmula: “A Administração deve sujeitar-se às normas legais”.<sup>14</sup>

Isto posto, questiona-se acerca da possibilidade de utilização de um instituto por parte da Administração Pública que não está expressamente autorizado por lei. Justen Filho (2015, p. 236) sustenta, acertadamente, que a cessão onerosa de *naming rights* de bens públicos prescinde de autorização legislativa específica, de modo que a autorização legislativa genérica que permite ao Estado celebrar contratos administrativos compreende também a cessão do direito à denominação.

Não se trata de sobrepor o princípio da eficiência ao da legalidade — até porque este (princípio da legalidade) possui estrutura e natureza de norma-regra e aquele (princípio da eficiência) possui estrutura e natureza de norma-princípio, de modo que, ainda que se admita a ponderação entre ambos, dificilmente a norma principiológica sobrepujaria a norma-regra mais específica de igual estatura hierárquica.<sup>15</sup> Cuida-se, em vez disso, de reconhecer os limites iminentes ao próprio princípio da legalidade administrativa.

Contudo, a ausência de regulamentação legal acerca dos *naming rights* de bens públicos pode fomentar insegurança jurídica, sendo recomendável a edição de lei apontando critérios bem

---

<sup>14</sup> “Tornaram-se clássicos os quatro significados arrolados pelo francês Eisenmann: a) a Administração pode realizar todos os atos e medidas que não sejam contrários à lei; b) a Administração só pode editar atos ou medidas que uma norma autoriza; c) somente são permitidos atos cujo conteúdo seja conforme a um esquema abstrato fixado por norma legislativa; d) a Administração só pode realizar atos ou medidas que a lei ordena fazer. [...] O último significado – a Administração só pode realizar atos ou medidas que a lei ordena –, se predominasse como significado geral do princípio da legalidade, paralisaria a Administração, porque seria necessário um comando legal específico para cada ato ou medida editados pela Administração, o que é inviável. [...] O terceiro significado – somente são permitidos atos cujo conteúdo seja conforme a uma hipótese abstrata fixada explicitamente por norma legislativa – traduz uma concepção rígida do princípio da legalidade e corresponde à ideia de Administração somente executora da lei. Hoje não mais se pode conceber que a Administração tenha só esse encargo. Esse significado do princípio da legalidade não predomina na maioria das atividades administrativas, embora no exercício do poder vinculado possa haver decisões similares a atos concretizadores de hipóteses normativas abstratas.” (MEDAUAR, 2018, p. 118).

<sup>15</sup> Em casos excepcionais, é possível que uma norma-princípio prevaleça sobre norma-regra de igual *status* hierárquico. Nesse sentido: “A partir de Herbert Hart, porção considerável da doutrina passou a reconhecer a derrotabilidade (*‘defeasibility’*, *‘derrotabilidad’*, *‘defeitibilità’*) ou *‘superabilidade’* de normas-regras em situações extraordinárias nas quais haja razões suficientemente fortes para deixar de aplicá-las mesmo quando preenchidos os pressupostos fáticos da sua hipótese de incidência. Assim, é possível deixar de aplicá-las em razão de exceções implícitas (*ad hoc*), imprevisíveis, imprevistas ou deficientemente previstas pelo legislador, decorrentes (a) da própria teleologia da norma-regra (*rule’s purpose*) ou da interpretação (c) de normas-princípios ou (b) de outras normas-regras. Portanto, ainda que atendidos os pressupostos fáticos do antecedente do normativo e observados os degraus da *‘escada ponteana’* (planos de existência, validade e eficácia), é possível que o resultado previsto abstratamente no conseqüente normativo não seja efetivamente aplicado, nem deva sê-lo, por incidir uma exceção implícita extraordinária (*‘dado o fato X, deve ser a sanção Y, exceto na situação Z’*). Embora a norma-regra seja aplicável em abstrato, não deve sê-lo no caso concreto excepcional. Mas a norma-regra continua existente, válida, vigente, eficaz e aplicável em abstrato, não perdendo sua força normativa, nem sendo derogada em sentido estrito. Esses casos concretos excepcionais normalmente são insuscetíveis de prévia enumeração exaustiva.” (FERNANDES, 2020, p. 263-264).

definidos para evitar desvios na funcionalidade do bem público e para atender às reais necessidades dos administrados.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente texto teve como finalidade analisar a exploração econômica de bens públicos por meio de *namings rights*, abordando a questão do gerenciamento de bens públicos e o princípio da eficiência, e investigando a compatibilidade do referido instituto com o ordenamento jurídico brasileiro.

Percebe-se que ainda há um longo percurso a ser trilhado até a consolidação da cessão onerosa do direito de denominação de bens públicos no Brasil, sendo necessária uma mudança de postura dos administradores. A ausência de autorização legal expressa não é empecilho à celebração de contratos de cessão onerosa de *namings rights* de bens públicos, uma vez que se trata de contrato atípico, emanado da autonomia contratual da Administração Pública. Com efeito, a vetusta concepção do princípio da legalidade, no sentido de que “a Administração só pode fazer o que a lei expressamente prevê”, além de irreal, já se encontra superada pela doutrina administrativista mais moderna. Portanto, à sombra da definição contemporânea do princípio da legalidade, nada obsta, *de jure condito*, à celebração de contratos onerosos de *namings rights* pela Administração Pública brasileira.

Entretanto, força é reconhecer a conveniência de uma disciplina legal do instituto, a fim de conferir mais segurança jurídica a tais transações, reduzindo a probabilidade de questionamentos judiciais e dos custos daí advinentes, e, por consequência, expandindo o universo de potenciais interessados e elevando os valores ofertados.

Analisando a cessão onerosa de *namings rights* como instrumento de arrecadação e efetivação de direitos humanos da população, verifica-se que os bens públicos podem ser objeto de negócio jurídico envolvendo a comercialização do seu direito de denominação, assim como ocorre com os bens no âmbito privado. Contudo, vê-se inevitável a associação entre o bem e o investidor, razão pela qual cumpre sejam estabelecidos critérios bem definidos para escolha dos investidores e que o interesse dos administrados seja contemplado, conferindo legitimidade à transação.

Em síntese, é válida e legítima a cessão onerosa de *namings rights* de bens públicos, desde que observados alguns pressupostos e requisitos mínimos, a saber: a) duração temporária do contrato; b) existência de procedimento seletivo (licitação, chamamento público, consulta popular, etc.) que assegure isonomia de tratamento entre os potenciais interessados e transparência nos critérios de escolha, que não podem circunscrever-se ao valor ofertado; c) adequação do nome (respeitabilidade, congruência com os valores constitucionais e da instituição a que pertence o bem nomeado, etc.); d) previsão de rescindibilidade do contrato em caso de fatos supervenientes (ou supervenientemente conhecidos) que abalem a respeitabilidade ou a credibilidade do nome atribuído; e) vinculação do total dos valores auferidos à instituição a que pertence o bem, preferencialmente destinados à melhoria do próprio bem, interdito o desvio de tais recursos para satisfação de objetivos e encargos de outras instituições públicas, ainda que a pretexto de atendimento do “interesse público”; e f) moderação na concessão de *namings rights*, evitando abusos capazes de desequilibrar o *trade-off* entre a necessidade de recursos e a percepção social de privatização completa dos bens públicos.

Ademais, nem todos os bens públicos podem ser objeto de *naming rights*: bens de alto valor histórico ou identitário comum, tais como o Cristo Redentor, o Corcovado e a Praia de Copacabana, são insuscetíveis de renomeação mediante contratos de *naming rights*.

Todavia, em havendo possibilidade jurídica de comercialização dos direitos de denominação como uma alternativa à escassez de recursos, o Estado possui a responsabilidade, designadamente à luz dos princípios da eficiência, do interesse público e da função social da propriedade, de valer-se de tal possibilidade, com prudência e sobriedade, como meio de assegurar a boa qualidade do serviço público e os demais direitos fundamentais, a exemplo do que ocorre nos países que permitem a comercialização de *naming rights* de bens públicos.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Luís Felipe Sampaio. Exploração de *naming rights* de bens públicos no direito comparado. In: **XXXIX Congresso Nacional dos Procuradores do Estado**. Porto de Galinhas, 2013.

ALTBACH, Philip. G. What's in a Name? How Universities Sow Confusion and Cheapen Academic. **International Higher Education**, n. 40, Summer 2005. DOI: <https://doi.org/10.6017/ihe.2005.40.7483>.

BARTOW, Ann. Trademarks of privilege: Naming Rights and the Physical Public Domain. **UC Davis Law Review**, v. 40, n. 3, p. 919-970, mar. 2007.

BIM, Eduardo Fortunato; FARIAS, Talden. Da validade da doação à Administração Pública: do Estado donatário. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, p. 51-69, abr./jun. 2018.

BLOCHER, Joseph. Selling the Name on the Schoolhouse Gate: the First Amendment and the Sale of Public School naming rights. **School Law Bulletin**. School of Government, The University of North Carolina at Chapel Hill, 2006.

BURTON, Terry. **Naming rights: legacy gifts and corporate money**. Hoboken, NJ: John Wiley & Sons, 2008.

CAFARDO, Renata; MENGUE, Priscila. Maioria das universidades federais rejeita Future-se, do MEC. **Terra**, São Paulo, Educação, 26 set. 2019. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/educacao/maioria-das-universidades-federais-rejeita-future-se-do-mec,a7e20ebe75c822883e8082cbb1f5ac010q77aekd.html>. Acesso em: 29 set. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FERNANDES, André Dias. Corte de energia elétrica e derrotabilidade normativa: necessidade de diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor, o Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos e a Constituição. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 127, p. 249-276, jan./fev. 2020.

HALLIGAN, Neil. Dubai Arena signs ten-year naming rights deal with Coca-Cola. **Arabian Business**, Dubai, Industries, Travel & Hospitality, 8 abr. 2019. Disponível em: <https://www.arabianbusiness.com/travel-hospitality/417276-dubai-arena-signs-ten-year-naming-rights-deal-with-coca-cola>. Acesso em: 12 jul. 2019.

HENDERSON, David R. Opportunity cost. **The library of economics and liberty**, Carmel, Concise Encyclopedia of Economics, 12 abr. 2006. Disponível em: <http://www.econlib.org/library/Enc/OpportunityCost.html>. Acesso em: 2 mar. 2020.

HOSS, Osni. Modelo Hoss de Avaliação de Ativos Intangíveis; **CAP Accounting and Management**, v. 2, n. 2, 2008. Disponível em: [revistas.utfpr.edu.br](http://revistas.utfpr.edu.br). Acesso em: 15 jul. 2019.

IKENAGA, Ana Lúcia. **A atribuição de nome como modo de exploração de bens públicos**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

ISIDORE, Chris. Astros strike out Enron. **CNN Money**, New York, News, Companies, 27 feb. 2002. Disponível em: [https://money.cnn.com/2002/02/27/companies/enron\\_astros/](https://money.cnn.com/2002/02/27/companies/enron_astros/). Acesso em: 23 jul. 2019.

JORNAL CONTÁBIL. Os 9 maiores escândalos contábeis do mundo. **Rede Jornal Contábil**, Araguari, MG, 21 jul. 2018. Disponível em: <https://www.jornalcontabil.com.br/os-9-maiores-escandalos-contabeis-do-mundo/>. Acesso em: 23 jul. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. A exploração econômica de bens públicos: cessão do direito à denominação. In: GUERRA, Sérgio; FERREIRA JUNIOR, Celso Rodrigues (coord.). **Direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Marcos Juruena Villela Souto**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 221-238.

LIPOVETSKY, Gilles. **Les temps hypermodernes**. Paris: Grasset, 2004.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SCHIRATO, Victor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde.../Tese\\_Vitor\\_Rhein\\_Schirato\\_Final.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde.../Tese_Vitor_Rhein_Schirato_Final.pdf). Acesso em: 09 jul. 2019.

SAMPAIO, Luís Felipe. **Naming Rights de Bens Públicos**. São Paulo: Almedina, 2017.

SECCHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reformas da administração pública. **Revista de Administração Pública**, 43(2): 347-69, mar/abr. 2009.

TREX, Ethan. A Brief History of Stadium Naming Rights. **Mental Floss**, New York, Sports, 27 nov. 2008. Disponível em: <https://www.mentalfloss.com/article/20239/brief-history-stadium-naming-rights>. Acesso em: 15 jul. 2019.

URBANO, Fabiano Augusto Rodrigues. **Naming Rights: Receita adicional para o Centro de Convenções de Pirituba**. 2013. 25f. Artigo (Mestrado) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11191/Trabalhoindividual%20-%20naming%20rights.pdf?sequence=1>. Acesso em: 19 jul. 2019.

Recebido em: 2 mar. 2020.

Aceito em: 13 out. 2020.



# REFLEXIONES SOBRE EL ALCANCE DE LOS PRINCIPIOS DEL CAUSANTE Y DE CAPACIDAD CONTRIBUTIVA A LA LUZ DE LA TEORÍA DE LA TRIBUTACIÓN AMBIENTAL: LOS CASOS DE BRASIL Y COSTA RICA

**Carlos E. Peralta**

Universidad de Costa Rica, Costa Rica  
carlosperalta07@gmail.com

**RESUMEN:** La introducción de la variable ambiental en el sistema tributario es objeto de debate en agendas políticas y en la doctrina jurídica. La tendencia es que en los próximos años la discusión sea más intensa y que figuras tributarias de carácter ecológico sean implementadas de manera más sistemática. El presente artículo pretende realizar algunas reflexiones críticas con respecto a los alcances de los principios del causante y de capacidad contributiva en la tributación ambiental, analizando su contenido y aspectos más controvertidos.

**PALABRAS CLAVE:** Extrafiscalidad. Tributación ambiental. Principio del causante. Principio de capacidad contributiva.

*The principles of the polluter-pays and ability-to-pay according to the theory of environmental taxation: The cases of Brazil and Costa Rica*

**ABSTRACT:** The introduction of the environmental variable in the tax system is debated in politics and legal doctrine. The discussion will increase and more environmental taxes will be systematically implemented. The article will make critical reflections on the scope of the principles of the causer of environmental impact and taxable capacity in green taxation. The work will analyze its content and more controversial aspects.

**KEYWORDS:** Extra taxation. Environmental tax. Polluter-pays principle. Ability-to-pay principle.

*Reflexões sobre o alcance dos princípios do poluidor-pagador e da capacidade contributiva a partir da teoria da tributação ambiental: Os casos do Brasil e da Costa Rica*

**RESUMO:** A introdução da variável ambiental no sistema tributário é objeto de debate nas agendas políticas e na doutrina jurídica. Nos próximos anos, a tendência é que a discussão seja mais intensa e que os tributos ecológicos sejam adotados de maneira mais sistemática. Este artigo tem como objetivo fazer algumas reflexões críticas sobre o alcance dos princípios do poluidor-pagador e da capacidade contributiva na tributação ambiental, analisando o seu conteúdo e os seus aspectos mais controversos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Extrafiscalidade. Tributação ambiental. Principio do poluidor-pagador. Principio da capacidade contributiva.

## INTRODUCCIÓN

La degradación ambiental es una característica y al mismo tiempo una consecuencia de un modelo de desarrollo pautado sobre la idea crecimiento económico continuo y que atiende únicamente a las leyes del mercado, desconociendo los límites biofísicos del planeta. Esa forma de entender el desarrollo ha ocasionado riesgos ecológicos de carácter transfronterizo, sinérgico e intemporal, en un escenario de imprevisibilidad y de riesgo.

Dentro de ese marco, el Estado de Derecho deberá adquirir una vertiente ambiental que sea capaz de conciliar las diversas dimensiones de los derechos fundamentales dentro de un proyecto jurídico político para una sociedad más sustentable. Existe una necesidad de formular un *Estado Ecológico de Derecho*, capaz de incorporar nuevos valores e instrumentos orientados a una racionalidad ambiental que respete las fronteras de riesgo ecológico identificadas por los conocimientos científicos.

En ese marco, el derecho como estrategia institucionalizada que establece vínculos y límites con el objetivo de buscar el mayor bien estar de la sociedad, deberá ser capaz de analizar, comprender y adaptarse a los problemas ambientales que caracterizan el *Antropoceno*. Así, el derecho deberá repensar sus conceptos y estructura, y adoptar una visión prospectiva, permeada por una perspectiva de pensamiento complejo. El derecho deberá implementar mecanismos que permitan orientar, de forma sustentable, los procesos de extracción, distribución, producción, consumo y descarte, de forma que esas etapas sean realizadas sin causar un impacto desproporcional en la naturaleza que provoque daño ambiental.

Actualmente, se considera que instrumentos económicos de gestión ambiental son herramientas adecuadas para promover la sustentabilidad ambiental. Esos mecanismos, fundamentados en el principio del causante, permiten complementar los tradicionales mecanismos de comando y control; orientando a los agentes económicos, en sentido positivo o negativo, a adoptar prácticas ecológicamente correctas. Entre esos instrumentos se encuentra el tributo, a través de su función *extrafiscal*.

La introducción de la variable ambiental en el sistema tributario es objeto de debate en agendas políticas y en la doctrina jurídica. La tendencia es que en los próximos años la discusión sea más intensa y que figuras tributarias de carácter ecológico sean implementadas de manera más sistemática.

Teniendo en cuentas esas consideraciones, el presente artículo pretende realizar algunas reflexiones críticas con respecto a los alcances de los principios del causante y de capacidad contributiva en la extrafiscalidad ambiental, analizando su contenido y aspectos más controvertidos. La relevancia del estudio se deriva de que el primero de esos principios deberá ser parámetro orientador para una adecuada técnica tributaria en materia ambiental; mientras que el segundo principio, tradicionalmente empleado para definir los contornos de los tributos ordinarios, en la extrafiscalidad ambiental, encuentra su alcance limitado.

El análisis será realizando teniendo en cuenta la teoría general de la tributación ambiental, y haciendo breves referencias a la normativa de Brasil y Costa Rica sobre los citados principios. Además, el estudio pretende realizar propuestas concretas y sencillas, para introducir en los ordenamientos jurídicos de ambos países, la variable ambiental en los sistemas tributarios.

Para cumplir con los objetivos propuestos, el trabajo fue estructurado en tres partes:

1. En la primera parte se analiza el contenido del principio del causante como parámetro que orienta y delimita la extrafiscalidad ambiental;

2. La segunda parte se avoca al estudio del contenido del principio de capacidad contributiva en la tributación y a la comprensión de su alcance en la tributación ambiental; y

3. Finalmente, en la tercera parte se exponen conclusiones sucintas derivadas de la investigación realizada.

## 1. EL PRINCIPIO DEL CAUSANTE COMO PARÁMETRO ORIENTADOR DE LA EXTRAFISCALIDAD AMBIENTAL

### 1.1. Precisiones conceptuales sobre el principio del causante

Las características propias de los bienes ambientales hacen que el mercado falle a la hora de distribuir bienes y servicios ambientales. Las fallas o distorsiones del mercado originan las externalidades ambientales – negativas o positivas – que sin una adecuada intervención acaban siendo soportadas por la colectividad.

El principio del causante<sup>1</sup> tiene una dimensión económica, y se concreta en el ámbito jurídico como un parámetro que encuentra fundamento en el deber del Estado y de todos los ciudadanos de proteger el ambiente natural y de utilizar de forma sustentable los recursos naturales, como forma de garantizar la adecuada calidad ambiental y respetar criterios de justicia ecológica. De modo que, se trata de un principio orientador de las políticas públicas dirigidas a la búsqueda de la sustentabilidad.

El principio fue previsto en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, de 1992, en el Principio 16, estableciendo que

Las autoridades nacionales deberían procurar fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.

En Brasil, por ejemplo, el principio está previsto en normativa general en el art. 4º, VII, de la Ley n. 6.938/81 – da Política Nacional do Meio Ambiente –, y en el art. 225, § 3º, de la Constitución Federal. Por su parte, en Costa Rica, el principio no está expresamente previsto en la Constitución Política, pero está contemplado en la legislación infraconstitucional, concretamente en la Ley Orgánica del Ambiente (n. 7554, art. 2º d).<sup>2</sup> Cabe indicar que esas normas hacen

<sup>1</sup> Dicho principio es más conocido en la doctrina de habla hispana como principio “*Quien contamina paga*”, y en la doctrina de habla portuguesa como principio do “*poluidor-pagador*”. En el presente trabajo se optó por denominarlo como principio del causante, por considerar más adecuada esa denominación para el caso de instrumentos económicos de gestión ambiental. Lo anterior, debido a que, de acuerdo a la finalidad de esos mecanismos, entre ellos el tributo, no se pretende establecer un derecho a contaminar por medio de un pago, ni tampoco una responsabilidad por daño causado, sino que lo que se busca es adoptar mecanismos capaces de disuadir actividades y conductas que puedan impactar el ambiente, pero dentro de los límites de tolerancia de la naturaleza, y no cuando ya se llega al punto de degradación o contaminación, en cuyo caso se exige la aplicación de sanciones y multas, determinando la responsabilidad del sujeto que degrada o contamina. Así, adoptar las otras denominaciones citadas podría provocar problemas de legitimidad a la hora de valorar la implementación de tributos ambientales.

<sup>2</sup> Además, el Tribunal Constitucional (Sala Constitucional) lo ha reconocido como un principio que se deriva del deber de protección ambiental previsto en el art. 50 de la Constitución, y que debe orientar las políticas públicas de defensa ambiental.

Al respecto puede consultarse: Sala Constitucional de Costa Rica. Resolución n. 9.966-2010; Resolución n. 9.170-06. Disponibles en: <<https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/advancedSearch>>. Acceso en: 12 de marzo de 2020.

referencia a la aplicación del principio para casos de responsabilidades por daños ambientales, determinando la aplicación de sanciones penales o administrativas cuando corresponda. Es decir, en esos casos, se debe entender que el sujeto que contamina deberá responsabilizarse por el daño causado a la naturaleza. No existe disposición expresa en las constituciones políticas de Brasil y de Costa Rica que se refieran al principio del causante en la forma de tributación ambiental, de carácter extrafiscal.

Sobre el contenido del principio, es necesario resaltar que el principio del causante no debe ser entendido apenas como una orientación de no subsidio, en el entendido de que se opone a los beneficios fiscales otorgados a sujetos que contaminan. Se trata también de un *principio activo y dinámico* que parte del presupuesto de que los agentes económicos que tienen poder de control sobre el impacto humano sobre la naturaleza deben tomar las medidas pertinentes para reducir ese impacto al mínimo posible.

De acuerdo con ese razonamiento, el principio del causante orienta posibles respuestas a los problemas de las externalidades ambientales y su objetivo principal es que los costos sociales provocados por actividades que impacten el ambiente –*externalidades negativas*– repercutan sobre los productos y servicios ligados a esas actividades. Podría afirmarse que se trata de un principio de justicia distributiva, cuyo objetivo es que la sociedad no sea obligada a soportar los costos necesarios para mantener los índices de calidad ambiental. El principio exige la internalización de los costos ambientales, una vez que parte de la idea de que ningún individuo o agente deberá lucrar a costa de la sociedad. A contrario sensu, entendemos que debe interpretarse que aquellos que con sus conductas críen condiciones específicas de protección ambiental que beneficien a la sociedad, deberán recibir un incentivo o compensación justa, internalizándose así las externalidades ambientales positivas (ROSEMBUJ, 1998, p. 53).

El principio del causante permite identificar el agente que podrá impactar el ambiente natural. Maria Alexandra de Sousa Aragão (1997, p. 136) considera que, de acuerdo con ese principio, el que debe pagar es aquel que tiene poder de control sobre las condiciones que llevan a provocar impacto ambiental, pudiendo prevenirlas o tomar precauciones para evitar que sucedan. Así, el causante pasa a ser el primero que debe asumir la responsabilidad ante la externalidad ambiental negativa provocada, teniendo la obligación de integrar, en su proceso de decisión, la señal económica que constituye el conjunto de costos ambientales

Para Paulo Henrique do Amaral (2007, p. 116),

[...] sempre terá que se buscar imputar ao poluidor o custo suportado por toda a coletividade em razão das limitações advindas com a degradação ambiental gerada pelas suas atividades econômicas. Além, é claro, de atribuir ao poluidor todas as despesas inerentes ao desenvolvimento de novos e adequados sistemas de minimização ou neutralização da poluição. Até porque o custo social gerado pela poluição vai desde o esvaziamento do conteúdo econômico da propriedade privada, passando pelas limitações das liberdades individuais, chegando ao comprometimento da qualidade de vida de toda a coletividade.

Debe resaltarse que, en el caso la tributación ambiental, por ejemplo, el principio del causante no crea un derecho de contaminación, es decir, no se trata de un peaje que permite que el agente económico que pueda pagar tenga derecho a contaminar; por el contrario, el principio pretende limitar el impacto ambiental a niveles sustentables, de la manera más eficiente posible. En otras palabras, el principio tiene una vocación preventiva y no punitiva o represiva, ya que objetiva transmitir la idea de que el impacto ambiental es económicamente perjudicial para el sujeto que desarrolla una actividad o conducta que repercute sobre la naturaleza; entendiendo que las prácticas sustentables son más adecuadas y baratas que la degradación. El posible causador de impacto ambiental será obligado a cambiar su comportamiento o disminuir la actividad

que impacta el ambiente. De modo que, con el principio lo que se pretende es la no contaminación, y que el impacto que esté presente en la conducta o actividad, sea el mínimo posible.

Sobre los alcances del principio en materia tributaria, el profesor Ricardo Lobo Torres (2005, p.27) afirma que,

O princípio do poluidor-pagador está ligado à ideia de internalização de eventuais prejuízos ambientais, sem a qual seria repassada para terceiros a responsabilidade pela carga tributária necessária a garantir os riscos ambientais.

El principio del causante es un parámetro de justicia, que encuentra legitimidad en el valor *solidaridad*, teniendo una estrecha relación con los principios precautorio, preventivo y de responsabilidad.

El principio será eficaz en la medida en que permita una adecuada internalización de las externalidades ambientales; y será equitativo si logra imputar los costos del impacto ambiental al agente responsable. La efectividad será más fuerte si los precios logran reflejar realmente los costos ambientales y su incidencia en la gestión ambiental. Para cumplir esa finalidad, es necesario que la previsión de internalizar las externalidades ambientales sea realizada a lo largo de todo el proceso de vida del bien o servicio, es decir desde en todas las etapas: extracción, producción, transporte, consumo y tratamiento de residuos.

Pese a las consideraciones realizadas, en el fondo, la determinación del causante será una decisión de política ambiental, en la cual deberán ser considerados criterios tanto de carácter técnico (económico, administrativo y de eficacia ambiental) como político jurídico. Al respecto, la profesora Cristiane Derani (2005, p. 648-649) explica:

Poluidores são todas aquelas pessoas – integrantes de uma corrente consecutiva de poluidores – que contribuem com a poluição ambiental, pela utilização de materiais danosos ao ambiente como também pela sua produção (inclusive os produtores de energias) ou que utilizam processos poluidores. O endereçamento de medidas a um integrante desta ‘comunidade de poluidores’ não pode ser deduzido automaticamente do princípio do poluidor-pagador, porém precisa (e pode) ser deduzido de pontos de vista políticos (por exemplo, efetividade de objetos, eficiência econômica, gastos administrativos etc.).

Para el tratadista español, profesor Ramón Martín Mateo (1991, p. 240), el principio del causante es una condición de legitimidad del impuesto ambiental. El principio orienta las políticas públicas en materia ambiental, pudiendo ser proyectado sobre el sistema tributario, incentivando, no exigiendo, la creación de impuestos ambientales. Del principio del causante se derivan los principios del consumidor/pagador y costo/beneficio, que se aplican a los impuestos de contraprestación y a los precios públicos.

El principio del causante fundamenta y orienta la extrafiscalidad ambiental con el objetivo de permitir una eficiente reducción de los impactos ambientalmente negativos causados por determinadas actividades, hasta lograr alcanzar niveles adecuados y sustentables. Por medio de la extrafiscalidad, el Estado pasa a utilizar la técnica tributaria como un instrumento de regulación que le permite intervenir en la dirección de la actividad económica con el objetivo de alcanzar objetivos en beneficio de la colectividad.

Así, actualmente se entiende que la tributación, además de ser un instrumento destinado a financiar los gastos públicos -finalidad fiscal-, puede cumplir también una importante finalidad de carácter extrafiscal –ordenadora . Es importante indicar que los impuestos no son puramente fiscales o extra fiscales, sino que ambas finalidades se complementan y están presentes en mayor o menor grado en todo impuesto. En algunos casos prevalecerá la finalidad recaudatoria y en otros la ordenadora. Como afirma Casado Ollero (1991, p. 104), se trata de dos caras de la misma moneda. Sobre el tema, Paulo Carvalho de Barros (2000, p. 230) explica:

Há tributos que se prestam, admiravelmente, para a introdução de expedientes extrafiscais. Outros, no entanto, inclinam-se mais ao setor da fiscalidade. Não existe, porém, entidade tributária que possa se dizer pura, no sentido de realizar tão só a fiscalidade, ou, unicamente, a extrafiscalidade.

## 1.2. Técnicas tributarias para el desarrollo de la extrafiscalidad.

### Tributación ambiental en sentido amplio y en sentido estricto

Doctrinariamente, la introducción de la variable ambiental en el sistema tributario puede darse de dos maneras: 1. *Tributos ambientales en sentido amplio – o sentido impropio*; y 2. *Tributos ambientales en sentido estricto – o sentido propio* (HERRERA MOLINA, 2000, p. 55).

Podríamos afirmar que ambas técnicas responden al principio del causante, ya que ese principio exige la reducción de impactos ambientales, sea por medio de la internalización de externalidades ambientales negativas –a través de las cargas tributarias- o por medio de medidas que reconozcan y promuevan prácticas sustentables que provoquen externalidades ambientales positivas.

1. *Tributación ambiental en sentido amplio (impropio)*. En este caso, se da la introducción de elementos ambientales en los tributos ordinarios, de finalidad fiscal. En este supuesto, el instrumento tributario tiene una finalidad predominantemente recaudadora, no obstante, en alguno de sus elementos existe un elemento ecológico. Por ejemplo, en el caso de vinculación de ingresos tributarios con destinos ambientales específicos, incentivos fiscales para actividades sustentables, etc. En este caso, se entiende que el tributo es ordinario, con finalidad fiscal, pero que tiene *efectos extrasfiscales* relevantes para la protección ambiental.

Tulio Rosembuj (1998, p. 55) considera que la prioridad de la tributación ambiental deberá ser la recaudación dentro del sistema tributario ordinario, con el objetivo de aplicar lo recaudado en la prevención del riesgo, daño o salud de los ciudadanos. Sin embargo, el autor español advierte que la recaudación no excluye la posibilidad de implementar un discurso extrafiscal que pretenda modificar la conducta de aquellos que tienen el poder de adoptar cambios en la producción, tecnología y consumo, con la finalidad de minimizar la contaminación, racionalizar el uso de energía, preservar y utilizar de forma racional los recursos naturales y reducir o reutilizar los residuos, etc.

La autora portuguesa Cláudia Dias Soares (2002, p.13-14) explica que la tributación ambiental en sentido amplio,

[...] têm como objectivo primeiro a obtenção de receitas a aplicar em projetos de defesa ecológica, impostos ambientais em sentido impróprio. “Em sentido impróprio” porque o objetivo é a captação de meios a utilizar na realização da política ecológica, eles serão, em princípio, tão ambientais, quanto qualquer outro tributo que permita recolher meios financeiros para a prossecução do fim em causa. Só se distinguindo o seu contributo para o equilíbrio ecológico do dos impostos fiscais em geral quando, sem deixarem de apresentar como primeira finalidade a captação de receitas, e não o estímulo à adoção de condutas mais sustentáveis, tenham por objeto situações ou atividades que causem dano ao ambiente, internalizando as externalidades. Esta espécie de tributos relega, assim, para segundo plano aquela que deve ser a principal via de tratamento do problema ecológico: a prevenção.

2. *Tributación ambiental en sentido estricto (propio)*. En este supuesto, se entiende que un tributo es verde cuando existe un vínculo entre su estructura y el impacto causado en el ambiente; es decir, la figura tributaria deberá producir un (des)incentivo que permita satisfacer la finalidad ambiental pretendida (BUÑUEL GONZÁLEZ, 2008).

Domingo Carbajo Vasco y Pedro Herrera Molina (2004) explican que la fiscalidad ambiental en *sentido amplio* comprende tanto el establecimiento de tributos destinados a proteger el ambiente como las medidas fiscales incorporadas a la regulación de tributos ordinarios con algún efecto ambiental. Sin embargo, advierten que desde una perspectiva tributaria, solo podrá ser calificado como tributo ambiental *stricto sensu*, aquel cuya estructura establezca un incentivo para la protección de la naturaleza, de forma que las externalidades externas derivadas del impacto ambiental sean asumidas por el causante. Así, por ejemplo, un tributo cuya única nota ambiental se relacione con el destino de los ingresos obtenidos, no presenta ningún tipo de especialidad desde la perspectiva del derecho tributario.

Pedro Herrera Molina (2000, p. 61) considera que

[...] sólo son impuestos ecológicos aquellos con fines de ordenamiento o extrafiscales. Como señala la Comunicación de la Comisión Europea sobre Impuestos y gravámenes ambientales en el mercado único, “una característica habitual para que una exacción determinada se considere de carácter ambiental sería que la sustancia o actividad gravada [objeto imponible] tenga un efecto negativo claro sobre el medio ambiente.

De modo que, para que un tributo pueda ser considerado como *ambiental en sentido estricto*, no es suficiente que aparezca esa denominación en la ley. Lo que permite calificar un tributo ambiental en sentido propio es su estructura. Así, por ejemplo, el impuesto sobre la renta no podrá ser considerado tributo ambiental en sentido estricto, por el simple hecho de que un porcentaje de los ingresos recaudados se destinado a una finalidad ambiental (BUÑUEL GONZÁLEZ, 2004, p. 42).

Sobre el tema, Gloria Alarcón García (2002, p. 267) expresa que: “(...) un tributo no puede calificarse como ambiental por el mero hecho de destinar los recursos obtenidos a una mejora del medio ambiente, ya que si se aceptara esta posibilidad cualquier tributo podría ser calificado como tal, siempre y cuando su recaudación se vinculara a la conservación, mejora o protección del ambiente”.

Pese a las diferencias teórico-prácticas indicadas, tanto la *finalidad extrafiscal* del tributo en *sentido estricto*, como los *efectos extrafiscales de tributos ordinarios* son importantes, en la medida en que se trata de mecanismos que se complementan. No obstante, consideramos que los *efectos extrafiscales* de los tributos ordinarios, por sí solos, son incapaces de provocar un incentivo real para que los agentes económicos orienten sus actividades de manera sustentable; esos incentivos deben necesariamente ser complementados con tributos *extrafiscales en sentido estricto* y con otros instrumentos económicos de gestión ambiental.

### 1.3. El principio del causante y la estructura del tributo con finalidad extrafiscal

El principio del causante exige una estrecha relación entre el hecho generador y el elemento cuantitativo del tributo, es decir, el impacto ambiental tributado deberá ser calculado y reflejado sobre el monto del tributo. Ese vínculo permitirá determinar la eficacia del tributo ambiental.

En ese sentido, el principio del causante caracteriza al tributo ambiental como de carácter *selectivo*, una vez que incide sobre hechos económicos que impactan de manera negativa sobre el ambiente. Consecuentemente, el tributo verde podrá gravar una actividad económica y no otra, a pesar de que se traten de empresas del mismo ramo, que las rentas sean similares, o que esas

empresas contribuyan económicamente con distinta intensidad. El criterio de diferenciación será el tipo de relación de los agentes económicos con el ambiente y no su capacidad contributiva. Ese trato diferenciado no quebranta el principio de igualdad tributaria cuando el mismo es justificado por una finalidad ambiental debidamente fundamentada de acuerdo un análisis de proporcionalidad. De modo que, el hecho generador del tributo ambiental *stricto sensu* deberá ser definido considerando las actividades impactantes que pretenden ser desestimuladas con la carga tributaria. Deberá ser tributada una situación que tenga relación con la internalización de externalidades ambientales negativas y no con la capacidad contributiva del sujeto pasivo.

En lo que respecta a las especies tributarias, el *Modelo de Código Tributario para América Latina*, por ejemplo, establece que los tributos ambientales son aquellos impuestos, tasas, contribuciones o figuras de carácter híbrido que presentan como hecho generador actividades y conductas que inciden negativamente en el medio ambiente o que provocan una actuación pública de tutela ambiental (BUÑUEL GONZÁLEZ, Miguel; HERRERA MOLINA, 2003, p. 6.).

De modo que, el legislador deberá analizar, de acuerdo con criterios técnicos y de proporcionalidad, la categoría tributaria más adecuada para cada caso concreto. El uso de una u otra categoría tributaria deberá estar orientado por las características del hecho que impacta o provoca un riesgo ambiental. La tarea no es sencilla, debido a varios factores, entre ellos, la dificultad de evaluar previamente la categoría tributaria idónea para la defensa ambiental, la complicada determinación de todos los posibles hechos de carácter ambiental que pueden ser tributados, los potenciales sujetos pasivos y los problemas para determinar el *quantum* del tributo.

Consideramos que la tributación ambiental podrá alcanzar todas las especies de tributos y figuras tributarias de carácter mixto, siempre que en su estructura existan elementos que incentiven la protección ambiental o desestimen su mayor impacto, orientando las actividades de los agentes económicos de forma sustentable.

El principio del causante y sus sub-principios *-del consumidor/pagador y de costo/beneficio-* deberán orientar la determinación del sujeto pasivo que deberá pagar el tributo. Esa identificación en la norma deberá considerar la capacidad de impacto ambiental que pretende ser tributado en cada caso. Por las características de la complejidad ambiental, esa definición de sujeto pasivo no es sencilla. Técnicamente, de acuerdo con el principio del causante, podemos establecer algunos criterios para facilitar la determinación del elemento subjetivo del tributo (HERRERA MOLINA, 2008, p. 207):

1. El sujeto que realiza las emisiones (industria o consumidor final);
2. El productor de los bienes cuyo consumo genera impacto ambiental;
3. Todos los agentes que participan de la cadena de sujetos que impactan el ambiente; o
4. El sujeto que está en condiciones más adecuadas para evitar el impacto ambiental.

En cada caso concreto, el legislador deberá evaluar las características que identifican la conducta o actividad económica de relevancia ambiental que pretende ser desincentivada (de extracción, transporte, producción, consumo, desecho) con el tributo y los criterios técnicos que permitan facilitar la gestión del tributo sin desconsiderar su finalidad extrafiscal.

Por ejemplo, caso se pretenda tributar las emisiones de gases en la atmósfera de un determinado sector industrial, es claro que el elemento subjetivo del tributo deberá considerar el foco emisor de esos gases, no siendo idónea la repercusión jurídica del tributo. Por otra parte, en el caso de la tributación sobre productos, el criterio de la esencialidad y de la selectividad será fundamental con el objetivo de frenar el consumo de bienes superfluos y de impacto ambiental.

En lo que respecta a las alícuotas, el principio del causante orienta que las mismas sean progresivas, permitiendo su aumento de acuerdo al impacto ambiental de la actividad que pretende ser desincentivada. La modulación del tributo en función del impacto ambiental es un requisito *sine qua non*, de modo que, a mayor impacto, mayor tributo. La progresividad es determinante como parámetro de justicia tributaria. De igual manera, de acuerdo a la extrafiscalidad, el establecimiento de reducciones o incentivos deberá responder a la modificación de conductas de los agentes económicos.

Siguiendo la orientación del principio del causante, el tributo deberá discriminar los agentes económicos que pueden reducir el impacto ambiental con un costo menor que aquellos que tienen dificultades. Así, deberá pensarse en tributos con alícuotas únicas para problemas ambientales uniformes y variables para problemas no uniformes.

La valoración jurídica de un tributo con finalidad extrafiscal deberá necesariamente estar precedida de una memoria técnica económica-ambiental que identifique la internalización de los costos ambientales que se pretenden corregir y que permita adaptar la estructura del tributo al principio del causante.

Evidentemente, el carácter del principio del causante parece indicar que lo adecuado es que exista un vínculo directo entre los ingresos recaudados por los tributos ambientales y la protección de la naturaleza; vínculo que en la práctica deberá concretizarse a través de fondos específicos para garantizar la sustentabilidad ambiental; ello permitiría el respeto del principio del causante y daría mayor legitimidad a la extrafiscalidad ambiental.

Cabe resaltar que el principio del causante determina que la finalidad extrafiscal ambiental busca salvaguardar la libertad, por lo que su campo de acción se encuentra dentro del ámbito de lo lícito, no teniendo carácter sancionador. En otras palabras, el principio del causante no permite el establecimiento de tributos sobre ilícitos, es decir, en situaciones en donde lo que se provoca es un daño ambiental y no un impacto ambiental. Evidentemente, serán criterios técnicos los que permitirán determinar cuando el hecho deberá ser considerado ilícito o no (AMARAL, 2007).

Pese a las diferencias teórico-prácticas indicadas, reiteramos que consideramos que tanto la finalidad extrafiscal del tributo en sentido estricto, como los efectos extrafiscales de tributos ordinarios son importantes, en la medida en que se trata de mecanismos que se complementan.

#### **1.4. Reflexiones sobre la posibilidad de la introducción expresa del principio del causante en las constituciones políticas de Brasil y Costa Rica**

De la lectura de las constituciones políticas de Brasil y Costa Rica, es posible observar que ninguna de las dos contempla expresamente el principio del causante como parámetro orientador para una política fiscal verde. Al respecto, de acuerdo con el contenido del principio, se considera conveniente, aunque no estrictamente necesario, incluir un dispositivo que establezca que la tributación podrá ser instrumento de defensa ambiental. Ello permitiría dar una mayor legitimidad para, de acuerdo con la teoría del doble dividendo<sup>3</sup>, introducir de forma paulatina y

<sup>3</sup> Al respecto Acquatella (2005, p. 37) explica que: “La noción de “doble dividendo” de una reforma fiscal tiene su origen en la posibilidad de reducir impuestos distorsionantes que presentan un más alto “exceso de carga tributaria” (impuestos a la nómina, contribuciones al seguro social, otros) y de reemplazarlos por otras fuentes de recaudación cuyo “exceso de carga tributaria” es menor, como los impuestos ambientales. El “doble dividendo” de una maniobra fiscal de este tipo radicaría en que permite promover una mejoría de la calidad ambiental y, al mismo tiempo, estimular

sistemática la variable ambiental en los sistemas tributarios de ambos países. De igual forma, esa reforma tiene que contemplar que la extrafiscalidad ambiental deberá estar orientada por los principios de selectividad, progresividad y esencialidad ambiental.

En el caso de Brasil, podría ser introducido un párrafo al art. 145 de la Constitución Federal, adoptando una redacción similar a la propuesta realizada anteriormente por el Ministerio del Medio Ambiente (MARGULIS; MOTTA, 2000, p.16):

§ 3º A lei, de acordo com o princípio do poluidor-pagador, adotará política tributária como instrumento de defesa do meio ambiente (art. 225), admitida a instituição de contribuição de intervenção ambiental. A tributação ambiental deverá estar orientada pelos princípios da seletividade, da essencialidade ambiental e da progressividade.

Por su parte, en el caso de Costa Rica, sería conveniente introducir un inciso 13 bis) al art. 121 de la Constitución Política, con una redacción similar a la propuesta para la reforma de la Constitución Federal de Brasil:

Art 121. 13) bis. A través de la ley, de acuerdo con el principio del causante de impacto ambiental, la Asamblea Legislativa podrá adoptar políticas de carácter tributario como instrumento para la defensa del medio ambiente, admitiéndose la creación de tributos ambientales. La tributación ambiental deberá estar orientada por los principios de progresividad, selectividad y esencialidad ambiental.

Ambas reformas permitirían dar una mayor legitimidad a los tributos ambientales, permitiendo transparencia y seguridad jurídica. El principio del causante recomienda la elaboración de una normativa general que permita implementar la extrafiscalidad ambiental de una forma sistemática, clara y eficiente.

## **2. LOS ALCANCES Y LIMITACIONES DEL PRINCIPIO DE CAPACIDAD CONTRIBUTIVA EN EL CASO DE LA EXTRAFISCALIDAD AMBIENTAL**

### **2.1. Precisiones conceptuales sobre el principio de capacidad contributiva**

En el Estado de Derecho moderno, la distribución de las cargas tributarias deberá ser realizada de forma racional, proporcional y equitativa, conforme a la idea de justicia distributiva aristotélica, que en el derecho tributario moderno se manifiesta a través del principio de capacidad contributiva. De acuerdo con ese principio de justicia tributaria material, las cargas tributarias deberán ser establecidas de acuerdo con la riqueza de cada contribuyente, es decir, considerando las posibilidades de cada ciudadano para contribuir con los gastos públicos.

Según ese principio, deberá entenderse que el justo distributivo tributario -medio término aristotélico- será alcanzado si cada uno paga aquello que le corresponde, conforme a una proporcionalidad participativa, de modo que se evite el exceso de pago y la falta de contribución (BITTAR, 2005, p.120)

La capacidad contributiva puede ser considerada como una medida racional para determinar la carga fiscal que deberá soportar cada contribuyente. El principio es presupuesto *-obje-*

---

la generación de nuevos empleos al reducir otros impuestos que aumentan la carga tributaria asociada a la mano de obra, lo que de hecho implica una disminución del costo laboral”.

tivo y subjetivo-; y a su vez *parámetro* del tributo. Como *presupuesto objetivo*, el principio impone al legislador la obligación de adoptar un hecho generador de contenido económico relevador de ganancia. Como *presupuesto subjetivo*, el principio determina que cada contribuyente deberá poseer recursos económicos suficientes que le permitan soportar la carga tributaria sin que se vea afectado su mínimo existencial, ni sean confiscados sus bienes. Finalmente, como *parámetro*, la capacidad contributiva está relacionada con la graduación del tributo.

Como principio de justicia distributiva, se entiende que a la hora de establecer el hecho generador del tributo, el legislador deberá tener presente la condición diferenciada de cada ciudadano –capacidad contributiva-, como criterio para determinar la justa distribución del tributo. Al respecto, el profesor Ricardo Lodi Ribeiro (2003, p. 61) explica que ese principio no representa apenas un límite negativo que excluye hechos que no revelen una manifestación de riqueza, sino que, además, se trata de un criterio indispensable para distribuir la carga tributaria entre los ciudadanos.

El principio tiene una estrecha relación con el principio de igualdad tributaria, entendiéndose que el tributo deberá ser establecido en términos iguales para todos aquellos contribuyentes que tengan una misma capacidad contributiva. De modo que existirá una distribución injusta de las cargas tributarias cuando, desconsiderando la capacidad contributiva, exista exceso de carga para unos y escasez de tributo para otros.

El principio de capacidad contributiva es criterio de aplicación de igualdad, que busca contenido en ese valor y en el derecho de pagar tributo en la misma proporción de aquel que posee la misma riqueza. Se trata de una manifestación de igualdad proporcional y constituye una exigencia de justicia tributaria, garantizando la proporcionalidad y la razonabilidad de los tributos. En tesis, debemos entender que existirá igualdad si el tributo grava condiciones iguales de capacidad contributiva, es decir, cuando el mismo tiene el mismo peso para todos los contribuyentes, lo que solo será posible si su monto varía, en la medida en que considere la capacidad contributiva de cada sujeto (WEISS, 2006, p. 174). Así, el principio tiene como finalidad establecer la justicia distributiva tributaria, lo que podemos traducir, en otras palabras, en la igualdad proporcional<sup>4</sup>.

La capacidad contributiva está sujeta a limitaciones cuantitativas, como es el caso de la prohibición de exceso –confiscatoriedad-, y del mínimo existencial. También está limitada por restricciones cualitativas –caso de las prohibiciones de desigualdad.

Por otro lado, el principio de capacidad contributiva tiene una relevante función de carácter interpretativo, ya que permite determinar si una norma tributaria quebranta la proporcionalidad aristotélica. Consecuentemente, será competencia de los tribunales de justicia determinar, en cada caso concreto, de acuerdo con ese principio, si la norma tributaria hace una justa distribución de las cargas.

Debe resaltarse que el principio es de aplicación, en mayor o menor medida, a todas las especies tributarias, ya que todos los tributos pretenden obtener recursos económicos de los contribuyentes para poder sufragar los gastos públicos. Así, todos los hechos generadores revelan un acto que revela un contenido económico.

<sup>4</sup> Sobre el tema, el professor Ricardo Lodi Ribeiro (2003, p. 65) afirma: “O princípio da capacidade contributiva constitui-se em uma decorrência da igualdade, na medida em que todos devem contribuir para as despesas públicas, em razão das suas possibilidades econômicas. Assim, de acordo com essa diretriz, somente são legítimas as distinções que se baseiam na diferença entre as riquezas que vários contribuintes manifestam”.

El principio de capacidad contributiva está previsto expresamente en el art. 145, § 1º, de la Constitución Federal de Brasil<sup>5</sup>. En el caso del ordenamiento jurídico de Costa Rica, el principio no está expresamente previsto en la Constitución; no obstante, el Tribunal Constitucional (Sala Constitucional) ha manifestado en su jurisprudencia que se trata de un principio constitucional tributario que se deriva de la lectura del art. 18 de la Constitución<sup>6</sup>.

Hechas esas consideraciones generales del principio en lo que respecta a la finalidad fiscal del tributo, cabe preguntarse cuál será su alcance en el caso de la extrafiscalidad, concretamente, cuando la misma está enfocada para finalidades ambientales.

## 2.2. Alcances del principio de capacidad contributiva en la tributación ambiental

Conciliar extrafiscalidad y capacidad contributiva es un tema polémico que ha provocado un intenso debate doctrinario. Sin duda, se trata de uno de los aspectos más controversiales en el campo de la tributación ambiental, principalmente en los que respecta a la figura del impuesto. En el caso de las tasas y de las contribuciones, el asunto resulta ser menos complicado, ya que esos tributos –de carácter contraprestacional– responden a un principio de equivalencia.

Borrero Moro (1999, p.93) explica que la proyección del principio de capacidad contributiva en la extrafiscalidad ambiental es compleja, y abarca diversos aspectos de la tributación ambiental. Explica el autor español que el principio afecta de modo singular la identificación del verdadero aspecto material que pretende tributarse.

En el caso del ordenamiento jurídico brasileño, por ejemplo, considerando la expresión utilizada por el constituyente en el art. 145 de la Constitución Federal, “siempre que sea posible”, algunos autores afirman que el principio de capacidad contributiva puede no aplicarse a la tributación ambiental<sup>7</sup>.

Por otro lado, sobre el tema, parte de la doctrina considera que la contradicción que podría existir entre ese principio y la tributación ambiental es apenas aparente, ya que esos tributos gravan actividades que evidentemente denotan una capacidad de producir riqueza (Borrero Moro, 1999, 95 y 136). En ese sentido, estiman que la capacidad de impactar el ambiente en beneficio de determinados intereses económicos es un indicio notorio de la existencia de capacidad económica<sup>8</sup>. Así, sustentan que el hecho generador de esos tributos debe necesariamente

---

<sup>5</sup> “§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.”

<sup>6</sup> Al respecto, pueden consultarse los votos de la Sala Constitucional: n. 4.788-93 y 4.829-98. Disponibles en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/advancedSearch>. Acceso en: 12 de marzo de 2020.

<sup>7</sup> Sobre el asunto, el tributarista Luciano Amaro (2001, p. 134) indica que “(...) ‘sempre que possível’ – como diz a Constituição –, o imposto deve levar em consideração a capacidade econômica do contribuinte. A expressão ‘sempre que possível’ cabe ressalva tanto para a personalização como para a capacidade contributiva. Dependendo das características de cada imposto, ou da necessidade de utilizar o imposto com finalidades extrafiscais, esses princípios podem ser excepcionados.”

En el mismo sentido, Humberto Ávila (2006, p. 367) afirma que “(...) o essencial é que a expressão não traduz uma permissão, mas um dever cujo significado depende da possibilidade, jurídica e ontológica, da graduação de acordo com a capacidade econômica do contribuinte. A expressão ‘sempre que possível’ abre expressamente a possibilidade de instituição de tributos extrafiscais”.

<sup>8</sup> Sobre el tema Rosembuj (1995, p. 245, 261-262) explica que en la fiscalidad ambiental, el tributo “se basa en el presupuesto de la existencia objetiva de una capacidad contaminante potencial o real que, necesariamente, debe calificar su hecho imponible. El criterio ambiental de la legitimidad y justificación del tributo tiene como soporte el de

tributar una potencial manifestación de riqueza que se deriva de la posibilidad de aprovechar bienes naturales. Borrero Moro (1999, p. 94-97) se adhiere a esa tesis, indicando la existencia de una renta potencial que se deriva del impacto ambiental. Para él, la fuerza económica que legitima el tributo no se deriva de la capacidad del agente económico de intervenir o no en el ambiente, sino de la manifestación de actividades económicas que provocan impacto sobre la naturaleza<sup>9</sup>.

Distinto es nuestro criterio, ya que, conforme expuesto en la primera parte de este trabajo, consideramos que de acuerdo con el principio del causante, el tributo ambiental deberá estar vinculado a una actividad de impacto sobre el ambiente –extracción, producción, transporte, consumo, descarte. Sostenemos que el objeto del tributo verde está directamente ligado a la capacidad de impacto sobre la naturaleza. Es decir, el tributo no pretende gravar un índice potencial de riqueza, y en ese entendido no está orientado por el principio de capacidad contributiva.

Sostenemos que el hecho de impactar el ambiente no puede ser considerado, por sí mismo, un indicador de riqueza. Lo anterior bajo el argumento de que si el causante podrá obtener o no algún beneficio económico a partir del uso del ambiente, es un tema que no está relacionado directamente con el hecho generador del tributo. El hecho generador y la estructura cuantitativa de los impuestos ambientales no responden a la capacidad contributiva del contribuyente, sino más bien a una modalidad específica del principio de equivalencia: el principio del causante. Así, su justificación está en el impacto provocado en la naturaleza<sup>10</sup>.

De manera que, el tributo ambiental, fundamentado en el principio del causante, no deberá ser calculado considerando la riqueza del agente económico, y sí el impacto o riesgo ambiental causado por la actividad económica. El punto de partida para que se configure el tributo no deberá ser monetario, ya que, de hacerlo de esa forma, podrá contrariar el principio de igualdad, tributando de la misma forma sujetos que impactan el ambiente con una intensidad diferente. En ese sentido, la renta y el patrimonio no son índices de impacto ambiental. Así, por ejemplo, una empresa puede haber lucrado más que otra del mismo sector, pero con menos impacto negativo sobre el medio ambiente (BAENA AGUILAR, 2002, p. 197-198); o actividades económicas de dos empresas del mismo ramo con condiciones patrimoniales similares podrán tener consecuencias diferentes en el ambiente, de manera que no sería justo que soporten la misma carga tributaria.

---

quien contamina paga, que sirve para denotar la capacidad contaminante y para connotar su contenido económico y social (solidaridad colectiva) de cara al deber de contribuir al gasto público, conforme a la capacidad económica.

(...) el tributo ambiental encausa la financiación del gasto social conforme a la capacidad económica, y para discriminar entre los que exhiben más o menos capacidad de contaminar, más o menos capacidad de descontaminar el bien ambiente.

(...) La capacidad económica tiene una connotación inseparable con el principio de quien contamina paga, en el fundamento y origen del Derecho ambiental. El objeto del tributo se configura en base a la existencia objetiva de una capacidad contaminante potencial o real, que indica capacidad económica, sea como manifestación de renta, patrimonio o consumo”.

<sup>9</sup> Posición similar es adoptada por Pablo Chico de la Cámara (2008, p. 171).

En Brasil, esa tesis es adoptada por Domingues de Oliveira (2007, p. 22), quien considera que “não se descure da questão, tão fundamental quanto árdua, da conciliação do princípio da capacidade contributiva com a extrafiscalidade. Equivocadamente negada por uns, impende dar curso à aludida harmonização através da identificação de fatos geradores que a um só tempo indiciem, pela apreensão ou aproveitamento dos bens naturais, manifestações de riqueza suscetíveis de tributação e justifiquem uma ponderada participação dos agentes econômicos no rateio dos custos de manutenção do Estado (...)”.

<sup>10</sup> En ese mismo sentido, puede consultarse a: SOLER ROCH, M. T. **El principio de capacidad económica y la tributación medioambiental**. In: BECKER, Fernando; CAZORLA, Luis María et al. (dirs.). *Tratado de tributación medioambiental*. v. I. Pamplona: Aranzandi, 2008; y HERRERA MOLINA, Pedro M. **El Principio “quien contamina paga”**. In: BECKER, Fernando; CAZORLA, Luis María et al. (dirs.). *Tratado de tributación medioambiental*. v. I. Pamplona: Aranzandi, 2008.

Partiendo de esa tesis, sostenemos que la modulación del tributo ambiental deberá ser establecida de acuerdo con la orientación del principio del causante, considerando el impacto que el sujeto pasivo causa en la naturaleza, utilizando criterios de proporcionalidad y de equivalencia. Por ejemplo, en el caso de impuestos que gravan la emisión de sustancias contaminantes en la atmósfera (dióxido de carbón, azufre, o nitrógeno, entre otros), la emisión de esas sustancias denota una capacidad de contaminar, pero en sí misma no representa una riqueza real o potencial que pueda ser considerada como una manifestación de capacidad contributiva. Es por ello que entendemos que el principio de capacidad contributiva cede ante la extrafiscalidad ambiental. El hecho generador y la modulación del tributo serán orientados y determinados en función del principio del causante y no del principio de capacidad contributiva como sucede en el caso de los tributos de finalidad predominantemente fiscal.

No obstante lo indicado, son necesarias algunas consideraciones adicionales para entender el alcance del principio de capacidad contributiva en la tributación verde.

Pese a que los instrumentos tributarios ambientales tienen finalidades extrafiscales, también podrán tener, de forma subsidiaria, un efecto recaudatorio, cuando se configure el hecho generador. De manera que, podemos afirmar que la capacidad contributiva deberá reflejarse al materializarse el tributo verde, ya que el contribuyente deberá poseer capacidad económica para soportar la carga tributaria, sin que sea afectado el mínimo existencial o transgredido el principio de no confiscatoriedad. Es decir, dicho en otras palabras, en caso de que se configure la actividad o conducta que pretende ser desestimulada. En el cobro del tributo deberá existir una capacidad contributiva que permita el cobro del gravamen. En ese sentido, puede afirmarse que todos los tributos, tanto fiscales, como extrafiscales, deben cumplir una exigencia mínima de capacidad contributiva.

Siguiendo esa tesis, Bokobo Moiche (2000, p.88) explica que la capacidad contributiva no está en la base del tributo, sin embargo, sirve de criterio de valoración, permitiendo determinar el *quantum* del impuesto. En igual sentido, Cláudia Dias Soares (2002, p.43) señala que la capacidad contributiva del sujeto no puede ser dejada de lado a la hora de determinar el cálculo del tributo, como límite máximo y mínimo de la carga; además constituye elemento que permite auxiliar la determinación del monto de la obligación tributaria siempre que se muestre relevante para su eficacia ambiental. De modo que, el principio del causante no excluye la aplicación del principio de capacidad contributiva, una vez que este último lo modula y complementa.

Las limitaciones existentes al principio de capacidad contributiva, existentes en el caso de la tributación ambiental, son admisibles cuando la finalidad extrafiscal está expresamente reconocida en la Constitución. Es decir, cuando la Constitución<sup>11</sup> reconoce la relevancia de tutelar jurídicamente la calidad ambiental. Sin embargo, la limitación al principio de capacidad contributiva deberá responder a criterios de proporcionalidad y estar sometida a un triple control (HERRERA MOLINA, 2000, p. 163; CHICO DE LA CÁMARA, 2008, p. 172-178):

1. Evaluación de la idoneidad del tributo y del objetivo ambiental presente;
2. Control de necesidad. Deberá determinarse si no existen otras medidas igualmente eficaces y económicamente más eficientes que permitan alcanzar los mismos objetivos ambientales con menor repercusión sobre los derechos de los individuos; y
3. Evaluación de la proporcionalidad en sentido estricto. Los intereses ambientales deberán ser objeto de una ponderación con respecto a la limitación del principio de capacidad contributiva.

---

<sup>11</sup> Caso de la Constitución Federal de Brasil, en su art. 225, y de la Constitución Política de Costa Rica, en el art. 50.

En síntesis, entendemos que en el caso de la extrafiscalidad ambiental el principio de la capacidad contributiva es un *presupuesto subjetivo*, es decir, el contribuyente deberá tener recursos económicos que le permitan asumir la carga tributaria, sin que se afecte su mínimo existencia, ni sean confiscados sus bienes. De lo contrario, el tributo perderá su finalidad, y pasará a tener carácter sancionatorio.

Existe una exigencia mínima de capacidad contributiva en todo tributo y, consecuentemente, el tributo ambiental, como cualquier otro, debe respetar ese principio. Lo que existe en el caso de la extrafiscalidad ambiental es una cuestión de intensidad en la aplicación del principio; no se trata de entrar en una contradicción de principios, sino que debe entenderse que cada uno opera en planos diferentes, pero no de forma excluyente, sino complementaria. La extrafiscalidad no puede legitimar la creación arbitraria de un tributo que no respete la capacidad contributiva, de lo contrario tendría vicios de constitucionalidad<sup>12</sup>.

La finalidad extrafiscal del tributo no puede justificar el uso de mecanismos desproporcionados para alcanzarla. Pese a que esa finalidad pueda modular los elementos que identifican el tributo, no podrá descaracterizar la figura como tal. Los tributos ambientales, como cualquier otro tributo, deberán estar limitados por principios tributarios de justicia tributaria formal y material y respetar el mínimo existencial y la prohibición de confiscatoriedad.

## CONCLUSIONES

De acuerdo con los razonamientos expuestos, es posible concluir que el principio del causante es un parámetro orientador de políticas públicas en materia ambiental que puede ser proyectado sobre el sistema tributario, alentando – no exigiendo – la creación de tributos ambientales.

---

<sup>12</sup> Cazorla Prieto (2008, p. 60) sobre el tema indica que: “Aunque se ha llegado a dudar acerca de hasta que extremo el principio de capacidad económica puede tener lugar en los impuestos medioambientales, lo cierto es que este principio no puede quedar postergado por completo (...) La cobertura constitucional de los fines extrafiscales que buscan los tributos medioambientales puede justificar la distinta protección del principio de capacidad económica en los tributos extrafiscales, pero no puede justificar su olvido, pues nos encontramos ante un principio que debe conformar la estructura de todo tributo en mayor o menor grado según los supuestos”.

El profesor Gabriel Casado Ollero (1991, p. 122), sobre el asunto enseña que: “(...) si bien el legislador puede ampararse en otros principios y valores constitucionales para eximir o dejar de gravar una manifestación de riqueza susceptible de imposición, en modo alguno dichos objetivos (extrafiscales) podrían legitimar el gravamen de una riqueza situada fuera de los límites impositivos, ya que sería arbitraria e injusta la imposición que prescindiese por completo de la relativa capacidad económica de los contribuyentes. (...) no habría (...) justificación posible para la arbitrariedad que supone el gravamen – extrafiscal o no – de una situación económica no enmarcada en los límites de la imposición, o que no demuestre capacidad económica alguna”.

Al comentar una resolución dictada por el Tribunal Constitucional Español sobre el tema, Gabriel Casado Ollero (1991, p. 124 y 128) indicó: “A la instrumentación extrafiscal del tributo ‘no se opone – añade el Tribunal – el principio de capacidad económica (...), pues el respeto a dicho principio no impide que el legislador pueda configurar el presupuesto de hecho del tributo teniendo en cuenta consideraciones extrafiscales’ (FJ.13). Lo que resulta evidente, en cualquier caso, es que los fines no fiscales no podrán desconocer ni quebrar la relación constitucionalmente exigida entre imposición y capacidad económica.

(...) 5. La necesidad de que los fines no fiscales de los tributos no quiebren la relación constitucionalmente exigida entre imposición y capacidad económica, ni desfiguren la naturaleza y la esencia contributiva del tributo, como instituto jurídico constitucional, no responde a exigencias de pura ortodoxia – o estética – dogmática, sino que viene exigida además por el respeto al derecho fundamental del ciudadano a no ser gravado con detracciones patrimoniales que no se fundamenten en el ordenamiento constitucional; o en otros términos, a la necesidad de evitar la arbitrariedad del legislador en el manejo de un instituto jurídico que, como el tributo, genera relaciones jurídicas de particular incidencia en el ámbito de los derechos públicos subjetivos”.

El principio tiene como objetivo principal que los costos sociales provocados por la actividad que impacta el ambiente repercuta en los costos finales de los productos y servicio ligados a esa actividad. El principio exige la internalización de los costos ambientales, una vez que parte de la idea de que ningún individuo o agente económico debe lucrar a costa de la sociedad. El principio del causante es una condición de legitimidad de la tributación ambiental.

El principio del causante será el parámetro para delimitar la estructura del tributo ambiental, delineando los límites del hecho generador, sujeto pasivo, y elemento cuantitativo. Además, por las características de la finalidad que persigue la tributación verde, entendemos que los ingresos eventualmente obtenidos por esas cargas fiscales deberían estar sujetos a un destino específico que permita crear un fondo verde cuyo objetivo sea el financiamiento de iniciativas orientadas hacia la sustentabilidad.

La protección del ambiente a través de la tributación puede ser realizada a partir de dos técnicas complementarias: la *tributación ambiental en sentido amplio de efectos extrafiscales* – introducción de elementos ambientales en la tributación ordinaria –, o la *tributación ambiental en sentido estricto de finalidad extrafiscal*.

Conforme con el contenido del principio del causante, se considera conveniente, aunque no estrictamente necesario, incluir un dispositivo en las constituciones de Brasil y Costa Rica que establezca expresamente que la tributación podrá ser instrumento de defensa ambiental. Ello permitiría dar una mayor legitimidad para la introducción paulatina y sistemática de la variable ambiental en los sistemas tributarios de ambos países.

Si bien la tributación ambiental se encuentra orientada por el principio del causante, deberá ser establecida respetando el principio de capacidad contributiva. Este último, a pesar de no poder ser considerado como parámetro de la tributación ambiental, sí deberá ser considerado como *presupuesto subjetivo* a la hora de establecer un tributo que pretenda gravar una actividad que impacte el ambiente. De modo que, en la tributación ambiental lo que existe es una cuestión de intensidad en la aplicación del referido principio.

La extrafiscalidad no puede legitimar la creación arbitraria de un tributo que no respete el principio de capacidad contributiva. La limitación de ese principio deberá responder a criterios de proporcionalidad.

Se sustenta que, pese a su carácter extrafiscal, la tributación ambiental deberá estar limitada por los principios constitucionales de justicia tributaria formal y material y deberá respetar el mínimo existencial y la prohibición de confisco. La tributación ambiental deberá configurarse dentro del ámbito de la licitud.

## REFERENCIAS

ACQUATELLA, Jean. El papel conjunto de las autoridades fiscales y ambientales en la gestión ambiental de los países de América Latina y el Caribe. In: ACQUATELLA, Jean; BÁRCENA, Alicia (eds.). **Política Fiscal y medio ambiente**. Bases para una agenda común. Santiago de Chile: Naciones Unidas, CEPAL, diciembre del 2005.

ALARCÓN GARCÍA, Gloria. La fiscalidad ambiental. El fenómeno tributario y su relación con el medio ambiente. In: VICENTE GIMÉNEZ, María Teresa (coord.). **Justicia ecológica y protección del medio ambiente**. Madrid: Trotta, 2002.

AMARAL, Paulo Henrique do. **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. **O princípio do poluidor pagador**: pedra angular da política comunitária do ambiente. Coleção Stvdia Ivridica. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**: de acordo com a Emenda Constitucional n. 51, de 14.02.2006. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BAENA AGUILAR, Ángel. La protección tributaria del medio ambiente en España. In: YABAR STERLING, Ana (dir.); HERRERA MOLINA, Pedro M. (coord.). **La protección fiscal del medio ambiente**. Madrid: Marcial Pons, 2002.

BANALOCHE PALAO, C. La llamada Ecotasa. In: BECKER, Fernando; CAZORLA, Luis María et al. (dirs.). **Tratado de tributación medioambiental**. v. II. Pamplona: Aranzandi, 2008.

BITTAR, Eduardo C. B. **A justiça em Aristóteles**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BOKOBO MOICHE, Susana. **Gravámenes e incentivos fiscales ambientales**. Madrid: Civitas, 2000.

BORRERO MORO, Cristóbal J. **La tributación ambiental en España**. Madrid: Tecnos, 1999.

BUÑUEL GONZÁLEZ, Miguel. Capítulo II. In: \_\_\_\_\_ (dir.). **Tributación medioambiental**: teoría, práctica y propuestas. Madrid: Civitas, 2004.

BUÑUEL GONZÁLEZ, Miguel; HERRERA MOLINA, Pedro M. (dirs.). **Modelo de Código Tributario Ambiental para América Latina** (Universidad Complutense de Madrid). Madrid: Instituto de Estudios Fiscales. Ministerio de Hacienda. n. 18, 2003.

CARBAJO VASCO, Domingo; HERRERA MOLINA, Pedro M. Capítulo III. In: BUÑUEL GONZÁLEZ, Miguel (dir.). **Tributación medioambiental**: teoría, práctica y propuestas. Madrid: Civitas, 2004.

CASADO OLLERO, Gabriel. Los fines no fiscales de los tributos. In: **Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma**. Libro Homenaje al Dr. Fernando Sainz de Buja, v. I. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1991.

CAZORLA PRIETO, Luis María. Los principios constitucional-financieros en la tributación medioambiental. In: BECKER, Fernando; CAZORLA, Luis María et al. (dirs.). **Tratado de tributación medioambiental**. v. I. Pamplona: Aranzandi, 2008.

CHICO DE LA CÁMARA, Pablo. La regla de la no confiscatoriedad como límite a la tributación medio ambiental. In: BECKER, Fernando; CAZORLA, Luis María et al. (dirs.). **Tratado de tributación medioambiental**. v. I. Pamplona: Aranzandi, 2008.

COSTA RICA. Jurisprudencia constitucional. **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica**. Disponible en: <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/advancedSearch>. Acceso en: 12 de marzo de 2020.

COSTA RICA. **Resolución n. 9.966-2010**.

COSTA RICA. **Resolución n. 9.170-06**.

COSTA RICA. **Resolución n. 4.788-93**.

COSTA RICA. **Resolución n. 4.829-98**.

DERANI, Cristiane. Aplicação dos princípios do direito ambiental para o desenvolvimento sustentável. In: TORRES, Heleno Taveira (org.). **Direito tributário ambiental**. Brasil: Malheiros, 2005.

HERRERA MOLINA, Pedro M. El Principio “quien contamina paga”. In: BECKER, Fernando; CAZORLA, Luis María et al. (dirs.). **Tratado de tributación medioambiental**. v. I. Pamplona: Aranzandi, 2008.

HERRERA MOLINA, Pedro M. Propuestas para la elaboración de un Código Tributario Ambiental? In: ORLANDO, Breno Ladeira Kingma et al. (coord.). **Direito tributário ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

HERRERA MOLINA, Pedro M. **Derecho tributario ambiental**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2000.

MARGULIS, Sérgio; MOTTA, Ronaldo Seroa da; OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Proposta de Tributação Ambiental na atual reforma tributária brasileira**. Texto para discussão n. 738. Rio de Janeiro: IPEA, junho de 2000.

MATEO, Ramón Martín. **Tratado de derecho ambiental**. v. I, Madrid: Trivium, 1991.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Direito tributário e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ONU. **Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo**. Rio de Janeiro, 1992. Disponible en: <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>. Acceso en: 10 de marzo de 2020.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Justiça, interpretação e elisão tributária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

ROSEMBUJ, Tulio. Tributos ambientales. In: YABAR STERLING, Ana (ed.). **Fiscalidad ambiental**. Barcelona: Cedecs, 1998.

ROSEMBUJ, Tulio. **Los tributos y la protección del medio ambiente**. Madrid: Marcial Pons, 1995.

SOARES, Cláudia Alexandra Dias. **O imposto ambiental**. Direito fiscal do ambiente. Coimbra: Almedina, 2002.

SOLER ROCH, M. T. El principio de capacidad económica y la tributación medioambiental. In: BECKER, Fernando; CAZORLA, Luis María et al. (dirs.). **Tratado de tributación medioambiental**. v. I. Pamplona: Aranzandi, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo Valores e princípios no direito tributário ambiental. In: TORRES, Heleno Taveira (org.). **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005.

WEISS, Fernando Lemme. **Princípios tributários e financeiros**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Recebido em: 24 mar. 2020.

Aceito em: 13 out. 2020.

# A PROTEÇÃO DO DIREITO À HABITAÇÃO NO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS DO HOMEM: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

**Alexandra Aragão**

Universidade de Coimbra, Portugal

aaragao@fd.uc.pt

**RESUMO:** O presente artigo visa aprofundar a compreensão dos contornos do direito à habitação, em intenso diálogo com a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos do Homem, por considerar que a interpretação dada pelo Tribunal Europeu ao direito humano consagrado no artigo 8º da Convenção Europeia não pode deixar de influenciar fortemente a jurisprudência dos tribunais superiores dos Estados Membros do Conselho da Europa. A evolução interpretativa do referido dispositivo tem contribuído para o desenvolvimento de uma proteção ambiental mais efetiva no sistema europeu. Com efeito, somente depois de percorrerem, durante décadas, os complexos trilhos judiciais e extrajudiciais da Justiça Estadual é que milhares de afetados por violações flagrantes do direito a um ambiente são consegues o direito de tentar demonstrar perante o Tribunal Europeu de Direitos do Homem a gravidade da ingerência na habitação. Ao mesmo tempo, fica demonstrada a absoluta insuficiência das medidas previstas, prometidas ou adotadas pelos poderes públicos. A metodologia utilizada será indutiva, com uma análise jurisprudencial do Tribunal Europeu. Conclui-se que a seriedade de injustiças territoriais que decorrem da violação do direito ambiental à habitação exige instrumentos jurídicos mais eficazes, prospetivos e não reativos, que reflitam novas abordagens, preventivas e não reparatórias.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito à habitação. Proteção ambiental. Tribunal Europeu de Direitos do Homem.

*Protection of the right to housing at the European court of human rights: a jurisprudential analysis*

**ABSTRACT:** The present article aims to deepen the understanding of the contours of the right to housing, in intense dialogue with the case law of the European Court of Human Rights, considering that the interpretation given by the European Court to the human right enshrined in article 8 of the European Convention cannot fail to strongly influence the jurisprudence of the higher courts of the Member States of the Council of Europe. The interpretative evolution of this device has contributed to the development of more effective environmental protection in the European system. Indeed, it is only after having traversed, for decades, the complex judicial and extrajudicial paths of State Court that thousands of people affected by flagrant violations of the right to an environment are able to demonstrate in front of the European Court of Human Rights the severity of the interference in housing. At the same time, it demonstrates the absolute insufficiency of the measures envisaged, promised or adopted by the public authorities. The methodology used will be inductive, with European Court jurisprudential analysis. Concludes that the seriousness of the territorial injustices that result from the violation of the environmental right to housing requires more effective, prospective and non-reactive legal instruments that reflect new, preventive and non-reparative approaches.

**KEYWORDS:** Right to housing. Environmental protection. European Court of Human Rights.

## INTRODUÇÃO

Consagrado internamente desde 1976 no artigo 65 da Constituição da República Portuguesa, o direito à habitação<sup>1</sup> como direito humano é protegido internacionalmente pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948<sup>2</sup>, pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais de 1950<sup>3</sup>, pelo Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais de 1966<sup>4</sup> e pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000<sup>5</sup>.

O objetivo do presente estudo é aprofundar a compreensão dos contornos do direito à habitação, também denominado de direito ao domicílio, em diálogo intenso com a jurisprudência, sabendo que a interpretação que o Tribunal Europeu tem feito do direito humano consagrado no artigo 8º da Convenção Europeia tem influenciado a jurisprudência dos tribunais superiores dos Estados<sup>6</sup>. Em especial, a constatação da evolução interpretativa do referido dispositivo convencional para o desenvolvimento de uma proteção ambiental no sistema europeu.

Na presente pesquisa, adotando-se uma abordagem metodológica indutiva, procede-se a uma análise da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem relacionadas à proteção do direito à habitação, que tenha reflexos na proteção do meio ambiente. Foram selecionados 36 acórdãos proferidos entre 1990 e 2019 nos quais suscitou-se o artigo 8º da Convenção Europeia a partir de uma razão ambiental. O recorte do marco temporal foi assim definido por considerar que a jurisprudência em relação a essa temática, de modo mais específico, somente teve repercussão significativa em termos de precedentes no próprio Tribunal a partir de 1990, sendo pontuais julgados anteriores a essa data, intensificando-se os julgados somente a partir dos anos 2000.

O desenvolvimento organiza-se em três partes: na primeira, de caráter mais descritivo, é feita uma análise e exposição didática dos principais julgados, em seguida é discutida a questão da ingerência ambiental à luz dessas decisões e, por fim, coloca-se um aprofundamento das determinações do Tribunal Europeu para a tomada decisória dos países.

Porém, o uso do artigo 8º em contextos ambientais não é uma solução jurídica evidente. Os acórdãos que se analisam brevemente em seguida, proferidos pelo Tribunal Europeu ao longo

---

<sup>1</sup> Artigo 65: “1. Todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar”.

<sup>2</sup> Artigo 11, n.º1 “Os Estados-Signatários no presente Pacto reconhecem o direito de toda a pessoa a um nível de vida adequado para si e sua família, incluindo alimentação, vestuário e habitação adequados e a uma melhoria contínua das suas condições de vida. Os Estados Signatários tomarão medidas apropriadas para assegurar a efectividade deste direito, reconhecendo para esse feito, a importância essencial da cooperação internacional baseada no livre consentimento”.

<sup>3</sup> Artigo 8º 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

<sup>4</sup> Artigo 25, n.º1: “Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.”

<sup>5</sup> Artigo 34, n.º3: “3. A fim de lutar contra a exclusão social e a pobreza, a União reconhece e respeita o direito a uma assistência social e a uma ajuda à habitação destinadas a assegurar uma existência condigna a todos aqueles que não disponham de recursos suficientes, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais”.

<sup>6</sup> Exemplarmente veja-se o acórdão Urgenda (disponível em [https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ECLI\\_NL\\_GHDHA\\_2018\\_2610.pdf](https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ECLI_NL_GHDHA_2018_2610.pdf)), proferido pelo Tribunal de Recurso de Haia em 2018, que fundamenta a condenação do Governo dos Países Baixos por insuficiente proteção climática, nos artigos 2º e 8º da Convenção Europeia.

de praticamente 30 anos, foram situações em que em que o dispositivo foi invocado, mas a ingerência ilícita do Estado não se deu pela força das armas, nem através de mecanismos de escuta, ou ações de vigilância, nem sequer por meio de decisões contestáveis relativas à titularidade da habitação. Aquilo que foi considerado como uma ingerência ilícita do Estado, foi apenas a emissão de fumo, poeiras, ruído e vibrações que resultam do desenvolvimento, da autorização, da tolerância ou da ausência de supervisão de rotineiras atividades produtivas, desenvolvidas pelo Estado ou por terceiros, no exercício de um simples direito de iniciativa empresarial. Trata-se de atividades de extração de matérias-primas, de fabricação de produtos para o mercado, de transporte, de lazer ou outras. Em qualquer caso, atividades tidas como úteis para o desenvolvimento do país, aparentemente benéficas para a sociedade e a economia, e supostamente favoráveis ao bem-estar dos cidadãos.

## 1. SÚMULA DOS CASOS DE JURISPRUDÊNCIA SOBRE DIREITO À HABITAÇÃO NO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

A Tabela 1 apresenta 36 casos selecionados a partir da abundante jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sobre o direito ao domicílio nos últimos 30 anos, ordenados alfabeticamente pelo nome do recorrente, em regra o sujeito lesado de seu direito à habitação. Todos eles são casos em que o direito ao domicílio foi perturbado pelos impactes ambientais de atividades próximas do domicílio, configurando conflitos de vizinhança.

**Tabela 1: Lista de casos por ordem alfabética de primeiro recorrente**

	<b>Recorrente</b>	<b>Ano</b>	<b>Recorrido</b>	<b>Tema</b>
1	Apanasewicz	2011	Polónia	indústria cimenteira
2	Bacila	2010	Roménia	indústria siderúrgica
3	Bor	2013	Hungria	transporte ferroviário
4	Borysiewicz	2008	Polónia	alfaiataria
5	Cordella	2019	Itália	indústria siderúrgica
6	Dees	2011	Hungria	transporte rodoviário
7	Di Sarno	2012	Itália	gestão resíduos
8	Dubetska	2011	Ucrânia	extração mineral (carvão)
9	Dzemyuk	2014	Ucrânia	cemitério
10	Fadeyeva	2005	Rússia	indústria do aço
11	Fagerskiold	2008	Suécia	energia eólica
12	Flamenbeaum	2013	França	transporte aeronáutico
13	Furlepa	2008	Polónia	oficina automóvel
14	Galev	2009	Bulgária	dentista
15	Giacomelli	2007	Itália	gestão resíduos
16	Greenpeace	2009	Alemanha	transporte rodoviário
17	Grimkovskaya	2011	Ucrânia	transporte rodoviário
18	Guerra	1998	Itália	indústria química
19	Hardy e Maile	2012	Reino Unido	energia (gás natural líquido)

20	Hatton	2003	Reino Unido	transporte aeronáutico
21	Ivan Atanasov	2011	Bulgária	extração mineral (cobre)
22	Kolyadenko	2012	Rússia	abastecimento de água
23	Kyrtatos	2003	Grécia	construção
24	Lopez Ostra	1994	Espanha	indústria de tinturaria
25	McGinley e Egan	1998	Reino Unido	militar (testes nucleares)
26	Mileva	2011	Bulgária	lazer noturno (clube de computadores)
27	Moreno Gomez	2005	Espanha	lazer noturno (bares e discotecas)
28	Oluic	2010	Croácia	lazer noturno (bar)
29	Pino Manzano	2012	Espanha	extração mineral (pedreira)
30	Powell	1990	Reino Unido	transporte aeronáutico
31	Ruano Morcuende	2005	Espanha	transformador de energia
32	Smaltini	2015	Itália	indústria siderúrgica
33	Tatar	2009	Roménia	extração mineral (ouro e prata)
34	Udovicic	2014	Croácia	lazer noturno (bar)
35	Walkuska	2008	Polónia	suinicultura
36	Zammit	2012	Malta	pirotecnia

Fonte: elaborado pela autora

Na apresentação, um a um, dos casos selecionados, seguiremos o critério da atividade que subjaz à violação do direito ao domicílio. Esta é a forma mais impressiva de retratar as realidades que configuram uma ingerência atual ou potencial no domicílio, pondo em causa o bem-estar e o ambiente. Convém frisar que se há casos em que ao Tribunal é pedida uma atuação ressarcitória, depois de a ingerência no domicílio ter terminado<sup>7</sup>, em virtude dos danos sofridos enquanto a infração durou, outros casos há, em que é pedida uma atuação preventiva, mesmo antes de haver uma ingerência geradora de danos, mas apenas perante um fundado receio de dano.

Deste modo, organizámos os casos em 6 categorias de atividades: indústria, transporte, outras atividades produtivas, atividades não económicas, atividades de lazer noturno e extração mineral.

As atividades não económicas, são aquelas que são desenvolvidas no interesse geral da população e não em benefício de um operador económico que pretende obter lucro direto através do mercado. É o caso de cemitérios, estradas, transformadores de eletricidade, gestão de resíduos urbanos, armazenagem de água para abastecimento, ou lançamento de fogo-de-artifício.

Dentro de cada categoria organizámos os casos por ordem cronológica indicando, em traços muito gerais, os contornos do conflito subjacente e o sentido, positivo ou negativo, da decisão do Tribunal Europeu. Neste diagnóstico da jurisprudência, é importante ter em mente que a declaração de não violação do direito ao domicílio pode ser justificada por diferentes razões, desde a falta de prova da seriedade do dano, até à proporcionalidade da ingerência numa sociedade democrática (para utilizar a fórmula da Convenção Europeia). Considerando que, no exercício de uma certa contenção judicial, o Tribunal afirma recorrentemente considerar que as

<sup>7</sup> E sem que isso signifique que o recorrente perdeu a qualidade de vítima, como refere o Tribunal nos casos Bor contra Hungria (2013), Ivan Atanasov contra Bulgária (2011) ou Pino Manzano contra Espanha (2012).

autoridades nacionais estão mais bem posicionadas para apreciar os contornos da questão, a ab-solução do Estado pode não significar realmente a ausência de problemas ambientais graves. Aliás, a existência de mais do que uma queixa contra a mesma instalação, em que só à segunda vez é que o Tribunal condena o Estado, é bem reveladora das dificuldades sentidas pelos recor-rentes. A título de exemplo, vejam-se os casos Powell (1990) e Hatton (2003), contra o aeroporto de Heathrow em Londres, Reino Unido, e os casos Smaltini (2015) e Cordella (2019), contra a indústria Ilva, de Tarente, Itália.

## 1.1. Atividades industriais

### a) Caso Lopez Ostra c. Espanha (1994), violação do artigo 8º (nº 24)

Instalação de tratamento de resíduos sólidos e líquidos de uma tinturaria da indústria do couro não licenciada localizada a 12 metros da residência da família Lopez Ostra. Provoca fu-mos, cheiros pestilentos e ruído repetitivo desde 1988. As autoridades reloxaram a família num apartamento próximo, arrendado pelo Município, mas a precariedade da habitação obrigou a família a procurar um novo local para viver. Os tribunais nacionais não reconheceram a gravi-dade da situação porque a família era livre de se deslocar para onde quisesse. Apesar da margem de discricionariedade reconhecida ao Estado, o Tribunal considerou que o Estado Espanhol não tinha feito uma ponderação correta dos interesses públicos e privados.

### b) Caso Guerra c. Itália (1998), violação do artigo 8º (nº 18)

Indústria química perigosa de produção de fertilizantes, compostos químicos, polímeros e gestão de efluentes líquidos, localizada a 1 quilómetro de residências. Em 1976 e 1985 já tinha havido acidentes na fábrica com internamento hospitalar de centenas de pessoas. 40 cidadãos italianos residentes na localidade recorrem a tribunal devido à falta de informação sobre os ris-cos, para a saúde e a vida decorrentes da libertação de gases tóxicos e inflamáveis. O Tribunal Europeu considerou que a Itália violou as suas obrigações substanciais ao não controlar as ativi-dades perigosas e procedimentais e ao não fornecer informação suficiente sobre os riscos.

### c) Caso Fadeyeva c. Rússia (2005), violação do artigo 8º (nº 10)

Uma instalação industrial de produção de aço que origina concentrações de poluição at-mosférica e níveis de ruído muito superiores ao admitido por lei. Desde 1965 que tinha sido decidida a criação de uma zona sanitária de segurança de 5000 metros à volta da fábrica, mas continuaram a viver lá milhares de pessoas. Os recorrentes vivem a escassos 450 metros de dis-tância. Índices de morbilidade muito elevados, destacando-se especialmente a incidência de do-enças respiratórias e do sangue entre as crianças. A solução das autoridades foi pôr os queixosos em listas de espera para obter alojamento proporcionado pelo Estado, mas sem qualquer previsão da data de atribuição do novo alojamento. O Tribunal considerou que a Rússia excedeu a sua margem de apreciação na ponderação de interesses públicos e privados.

d) Caso Bacila c. Roménia (2010), violação do artigo 8º, com uma opinião concordante de um juiz (nº 2)

A fábrica de produção de metais não ferrosos (chumbo e zinco) e substâncias químicas derivadas do carvão, começa a laborar em 1938 como empresa do Estado, tendo sido privatizada em 1993. As emissões provenientes da fábrica afetam 6000 habitantes da localidade onde a in-cidência de doenças respiratórias é sete vezes mais elevada do que no resto do país. As concen-trações de chumbo no sangue dos residentes são muito superiores às admitidas. Os solos, as águas e a vegetação em 35 quilómetros ao redor da fábrica encontram-se contaminados por

chumbo, cobre, cádmio e zinco. O Tribunal considera que a condenação da fábrica em processos cíveis ou penais por danos à saúde e ao ambiente, não exonera o Estado das obrigações que lhe incumbem em virtude do artigo 8º.

Na sua opinião concordante, o Juiz Zupancic reforça a decisão do Tribunal com argumentos baseados no princípio da precaução, e mais concretamente na inversão do ónus da prova, no estabelecimento de presunções ilidíveis, e na ultrapassagem de “barreiras conceituais” como a teoria da causalidade.

e) Caso *Apanasewicz c. Polónia* (2011), violação do artigo 8º (nº 1)

Desde 1988 uma fábrica de cimento, localizada numa área residencial, onde vivem 20000 habitantes, provoca elevada emissão de poeiras e ruído. Os vizinhos que residem no terreno adjacente, queixam-se de irritações cutâneas, problemas respiratórios e conjuntivite e ainda de não poder consumir os frutos e legumes que produzem no seu quintal. O Tribunal considera que embora a Polónia tenha tentado adotar algumas medidas de proteção (tendo chegado a ordenar, sem nunca executar, a demolição da fábrica), o que é certo é que elas foram, durante 20 anos, completamente inoperantes.

f) Caso *Smaltni c. Itália* (2015), não admissibilidade (nº 32)

O maior complexo industrial de fabricação de aço da Europa, situado em Itália, causa poluição intensa e grave. A recorrente não consegue provar o nexo de causalidade entre a leucemia aguda de que padece e a exposição à poluição da fábrica. O recurso é considerado como não admissível.

g) Caso *Cordella c. Itália* (2019), violação do artigo 8º (nº 5)

O mesmo complexo industrial que emprega atualmente 11000 trabalhadores, e que produz aço e coque, começou a funcionar no início do século XX, em Itália, e desde 1965 na cidade de Tarente. As emissões poluentes atmosféricas estão na origem de uma incidência de neoplasias (do estômago, do cólon, do fígado, do pulmão, do rim, da vesícula, da tireoide, da mama, do útero e da próstata) muito superior à média nacional. Há inúmeros relatórios e provas do dano. Apesar dos diversos processos crime, administrativos e constitucionais, 180 recorrentes acusam o Estado Italiano de não fazer o suficiente para os proteger da ingerência no seu domicílio. O Tribunal concorda que a Itália não respeitou o justo equilíbrio entre os interesses públicos e privados.

## 1.2 Atividades de transporte

a) Caso *Powell c. Reino Unido* (1990), não violação do artigo 8º (nº 30)

Desde 1961 o ruído dos aviões que aterram e descolam do aeroporto de Heathrow causa incómodos que afetam os recorrentes, que moram a algumas milhas do aeroporto, e mais de um milhão de pessoas. As autoridades adotam diversas medidas para reduzir os incómodos causados pelo ruído: monitorização, alteração das regras de funcionamento do aeroporto e isolamento sonoro das casas, financiado a 100% pelo Estado. O Tribunal aceita a argumentação do Estado de que a ingerência é legal e se justifica numa sociedade democrática para salvaguardar os interesses económicos e o bem-estar do país, decorrente do uso de uma instalação de importância central para o comércio e as comunicações internacionais.

b) Caso *Hatton c. Reino Unido* (2003), não violação do artigo 8º, mas com opiniões dissidentes (nº 20)

A utilização do aeroporto de Heathrow intensificou-se muito e os recorrentes, que vivem a cerca de 12 quilómetros do aeroporto, alegam graves dificuldades em dormir e depressão (com necessidades de tomar medicamentos antidepressivos) em virtude dos voos noturnos, sobretudo no período do verão, quando está demasiado calor para dormir com as janelas fechadas. O Tribunal considerou, numa decisão maioritária com votos de vencido, que não há indícios de que o Reino Unido não tenha tido em consideração os incómodos de vizinhança causados pelo ruído, não tenha dado oportunidade aos afetados para se pronunciarem ou recorrerem das decisões, não tenha desenvolvido esforços para avaliar e mitigar esses incómodos e não ponderado devidamente a proporcionalidade entre estes incómodos e os benefícios gerais decorrentes do aeroporto. Pelo contrário, os juízes Costa, Ress, Türmen, Zupančič e Steiner consideram, contra a maioria do Tribunal, que uma referência genérica ao “bem-estar económico do país” não é suficiente para justificar a falha do Estado em salvaguardar os direitos dos recorrentes à proteção do seu domicílio.

c) Caso Greenpeace c. Alemanha (2009), não violação do artigo 8º (nº 16)

A associação ambientalista Greenpeace e alguns particulares pretendem que o Governo Alemão adote medidas de controlo da qualidade do ar obrigando a pôr filtros nos motores a diesel dos carros, cuja circulação afeta os seus escritórios, situados junto a um cruzamento rodoviário muito movimentado. O Tribunal tem dúvidas sobre a qualidade de vítima da associação e considera que cabe ao Estado, no âmbito da sua discricionariedade escolher as medidas.

d) Caso Dees c. Hungria (2011), violação do artigo 8º (nº 6)

Após o aumento dos custos das portagens de uma autoestrada próxima o tráfego intenso desvia-se e passa a atravessar uma rua residencial, provocando fumos e ruído que tornam as casas inabitáveis. O Tribunal reconhece a complexidade das questões jurídicas relativas à gestão de infraestruturas mas, apesar de todas as medidas tomadas pelas autoridades (como reduzir o limite de velocidade, construir rotundas, instalar semáforos, interditar o trânsito a camiões pesados, introduzir um sistema de autocolantes para reduzir os custos das portagens), considera que tais medidas na prática não se revelaram suficientes para resolver o problema.

e) Caso Grimkovskaya c. Ucrânia (2011), violação do artigo 8º (nº 17)

Uma estrada municipal, construída em 1983, é reclassificada em 1989 como auto-estrada de travessia urbana, passando por uma rua de casas e jardins. Fumo, pó, contaminação do solo por metais pesados, ruído, vibrações, são as queixas relativas ao intenso tráfego de pesados que destruíram o piso da estrada, agravando ainda mais os incómodos. Embora não tenha ficado definitivamente provado que as doenças de que padecem os moradores sejam causa necessária do tráfego rodoviário, o Tribunal Europeu considera que os residentes não tiveram possibilidade de se manifestar suficientemente durante todo o processo.

f) Caso Bor c. Hungria (2013), violação do artigo 8º (nº 3)

Os moradores em frente a uma estação de comboios queixam-se do agravamento das condições de vida desde que, em 1988, a empresa ferroviária húngara substituiu as máquinas a vapor por máquinas a diesel. O ruído excedeu o permitido por lei durante 20 anos, sobretudo durante a noite. Em 2004, o tribunal de primeira instância ordena a construção de uma parede de insonorização, mas o tribunal de recurso dispensa esta obrigação. Em 2008, noutro processo, o tribunal decreta o pagamento de uma compensação pela desvalorização da casa e também um valor para permitir a substituição de janelas e portas. Também esta decisão é revertida pelo tribunal superior. As primeiras medidas de controlo do ruído só foram tomadas pelas autoridades em 2010. Em conclusão, o Tribunal Europeu considera que a Hungria falhou no seu dever de garantir aos recorrentes o direito ao respeito pela sua habitação.

g) Caso *Flamenbeaum c. França* (2013), não violação do artigo 8º (nº 12)

O aeroporto de Deauville-Saint-Gatien funciona desde 1931 e a sua utilização tem vindo a intensificar-se pelo que se pretende alongar a pista. Os moradores, cujas residências se situam a distâncias entre 500 metros e 2500 metros da pista principal, sofrem o prejuízo do ruído e da desvalorização da sua propriedade. O Tribunal Europeu reconheceu razão às autoridades nacionais, que consideram que foi feita uma ponderação adequada dos interesses públicos e privados.

### 1.3 Outras atividades produtivas

a) Caso *Kyrtatos c. Grécia* (2003), não violação do artigo 8º, com opiniões dissidentes (nº 23)

Os proprietários de uma casa, construída junto a uma zona destinada à conservação da natureza, alegam que a sua qualidade de vida foi prejudicada pelas sucessivas construções, ilegalmente autorizadas pelas autoridades competentes. As construções, que foram gradualmente destruindo a zona húmida destinada à proteção de peixes, aves e tartarugas marinhas, são urbanizações, estradas e parques de estacionamento. Apesar de reconhecer a ilegalidade das autorizações, o Estado considera que há outras formas de dar cumprimento às decisões judiciais que ordenam a demolição das construções e que a demolição é a *ultima ratio*. O Tribunal Europeu considera que apesar de a invocação do artigo 8º não exigir a demonstração de danos à saúde ou à vida, ele exige a demonstração da “existência de um efeito danoso na vida privada ou familiar da pessoa e não uma simples degradação geral do ambiente”. Considera que seria diferente se se tratasse da destruição de uma floresta. Votando vencido, o Juiz Zagrebelsky considera impossível afirmar que a destruição do pântano não causou uma interferência no domicílio. A interferência pode não ser grave, mas não está em conformidade com a lei, tal como os tribunais gregos declararam, pelo que é uma interferência ilegal e, portanto, inadmissível.

b) Caso *Borysiewicz c. Polónia* (2008), não violação do artigo 8º (nº 4)

O proprietário de uma casa geminada apresenta diversas queixas contra o vizinho, que tem uma alfaiataria no outro lado da casa. Na sequência das queixas, as autoridades ordenam que se façam obras de insonorização, estudos de impacte ambiental, mas autorizam o funcionamento. O Tribunal considera que as autoridades tomaram medidas adequadas e que a ingerência não é desproporcional.

c) Caso *Fagerskiold c. Suécia* (2008), não admissível (nº 11)

Os proprietários de uma casa de férias queixam-se de três torres eólicas, construídas a cerca de 400 metros da sua casa, e que estão na origem de um ruído mecânico pulsante constante e de efeitos perturbadores e intrusivos dos reflexos das luzes. Alegam ainda que o valor de mercado da casa diminuiu. O Estado fez diversas medições e alterações na forma de funcionamento das turbinas, para reduzir o ruído. O Tribunal Europeu afirma que o facto de se tratar de uma casa de férias não justifica menor proteção, mas considera que o nível de incómodo causado pela ingerência não é excessivo e que o Estado ponderou corretamente os interesses públicos e privados.

d) Caso *Furlepca c. Polónia* (2008), não violação do artigo 8º (nº 13)

O proprietário de uma casa alega que a construção ilegal de uma loja de acessórios e de uma oficina de reparação automóvel, no lote adjacente de uma zona residencial, violam o seu direito ao domicílio. Considerando que a mera ilegalidade da atividade não demonstra violação

de direitos humanos e que as autoridades administrativas e judiciais nacionais tomaram diversas medidas, incluindo ordenar a demolição das construções ilegais, o Tribunal Europeu declara que o caso não revela quaisquer violações de direitos ou liberdades estabelecidas na Convenção ou nos Protocolos.

e) Caso Walkuska c. Polónia (2008), não violação do artigo 8º (nº 35)

Uma suinicultura, localizada a 5 metros de distância de uma casa de habitação, está na origem de incómodos de vizinhança. Apreciando as queixas, os tribunais nacionais consideraram que as medidas adotadas, em conformidade com as condições da licença, foram suficientes para mitigar os incómodos. Isto bastou para o Tribunal Europeu afirmar que o Estado cumpriu, tanto do ponto de vista substancial, como do ponto de vista procedimental, as suas obrigações de proteção do direito ao domicílio.

f) Caso Galev c. Bulgária (2009), não violação do artigo 8º (nº 14)

Uma clínica de cirurgia dentária, instalada sem licença numa das frações de um prédio em propriedade horizontal, motivou queixas da parte dos condóminos que recorrem aos tribunais nacionais sem conseguir obter qualquer decisão favorável. De igual modo, o Tribunal Europeu considerou que o recorrente não conseguiu demonstrar que os incómodos atingem níveis excessivamente elevados.

g) Caso Hardy e Maile c. Reino Unido (2012), não violação do artigo 8º (nº 19)

Na opinião dos residentes junto a um porto marítimo, a operação de dois terminais de gás natural liquefeito gera riscos ambientais, e especialmente marinhos, tão elevados que exigem do Estado uma avaliação quantitativa do grau de probabilidade de ocorrência de um desastre. O Tribunal concorda que o artigo 8º pode ser invocado quando os indivíduos estão expostos a riscos de efeitos danosos de uma atividade, mas considera que não é exigível que a decisão de autorizar a atividade seja baseada apenas em dados quantitativos e mensuráveis. A avaliação do risco desenvolvida pelas autoridades britânicas será suficiente para considerar que foi feita uma ponderação adequada e que existem, no plano interno, mecanismos de recurso suficientes para que os cidadãos possam defender os seus pontos de vista.

## 1.4 Atividades não económicas

a) Caso McGinley e Egan c. Reino Unido (1998), não violação do artigo 8º, com opiniões dissidentes (nº 25)

Enquanto militares destacados na ilha Natal, no Oceano Pacífico, onde o Reino Unido desenvolveu diversos testes nucleares atmosféricos entre 1958 e 1967, os recorrentes estiveram expostos a forte radiação nuclear que terá, segundo relatórios médicos, sido determinante no desenvolvimento de várias doenças que resultaram na atribuição de pensões de invalidez de 20%. O Tribunal concorda que o Reino Unido faltou às suas obrigações processuais ao não fornecer prontamente aos militares toda a informação sobre os potenciais efeitos adversos para a saúde, o que lhes causou ansiedade e stress que configuram uma violação do artigo 8º. No entanto decide, por 5 votos contra 4, não condenar o Reino Unido por violação do artigo 8º, na medida em que os recorrentes podiam ter recorrido a um tribunal nacional para exigir os documentos, coisa que não fizeram. Nas suas opiniões dissidentes, quatro juízes consideram ter havido violação do artigo 8º, na medida em que as autoridades nacionais omitiram, durante 35 anos, informação de que dispunham sobre as consequências possíveis dos testes nucleares, sobre a saúde dos militares e sobre a ampliação dos seus direitos a uma pensão do Estado.

b) Caso Ruano Morcuende c. Espanha (2005), não violação do artigo 8º (nº 31)

Um transformador de eletricidade que fornece energia a diversas casas, encostado à parede exterior da casa dos recorrentes, causa incômodos considerados, pelos moradores, muito significativos. Além da vibração, alegam igualmente que a radiação eletromagnética torna inabitável a divisão adjacente ao posto de transformação, que era ocupada pelos filhos. O Tribunal Europeu não se deixou influenciar pelo facto de a casa ser ocupada apenas durante 5 meses por ano, mas fundou a sua decisão negativa na inexistência de elementos de prova, seja dos incômodos, seja dos riscos da poluição eletromagnética, que, segundo o Governo Espanhol, ainda não estão suficientemente demonstrados no estado atual da ciência.

c) Caso Giacomelli c. Italia (2007), não violação do artigo 8º (nº 15)

A atividade visada é uma instalação de armazenagem e tratamento de resíduos sólidos perigosos, em funcionamento desde 1950, a 30 metros de distância da casa dos recorrentes, e alvo de diversas queixas de incumprimento das condições da licença e consequente contaminação do solo e das águas subterrâneas. O Tribunal declara a violação do artigo 8º, em virtude de as autoridades judiciais italianas não terem conseguido, durante anos, assegurar qualquer proteção ao queixoso.

d) Caso Di Sarno c. Itália (2012), violação do artigo 8º (nº 7)

Em 1994, o Estado de emergência é decretado na região da Catânia em virtude da gestão “praticamente desastrosa da recolha, tratamento e eliminação de resíduos produzidos em certas partes da província de Nápoles”. Os recorrentes alegam que a poluição generalizada, causada pelos resíduos, põe em perigo a sua saúde e que as autoridades não fornecem a informação devida sobre os riscos que correm. O Tribunal deu razão aos recorrentes, afirmando a violação do artigo 8º no plano substancial, por considerar que a justificação do Estado relativamente à alegada força maior não colhia.

e) Caso Kolyadenko c. Rússia (2012), violação do artigo 8º (nº 22)

Na sequência de um período de pluviosidade muito elevada, a abertura inevitável, mas inesperada e sem pré-aviso, das comportas de um reservatório destinado ao abastecimento de água provoca inundações que destroem uma área residencial com mais de 5000 pessoas. O Tribunal não aceita a alegação do Estado, de que se tratou de um desastre natural, e considera que as autoridades falharam no dever de limpar os cursos de água e de desenvolver medidas de planeamento territorial, para evitar pôr em risco as vidas e prejudicar o domicílio e a propriedade, de quem reside na zona inundável.

f) Caso Zammit c. Malta (2012), não violação do artigo 8º (nº 36)

Os recorrentes consideram que o lançamento de engenhos pirotécnicos, bianualmente, durante as festividades locais, a 150 metros da sua residência, põe em risco a sua vida e a sua saúde. O Tribunal releva o facto de a casa ter sido adquirida com conhecimento da tradição do lançamento de foguetes, e não reconhece a violação do direito ao domicílio.

g) Caso Dzemyuk c. Ucrânia (2014), violação do artigo 8º (nº 9)

A construção de um cemitério, a menos de 300 metros de uma zona residencial, e a 38 metros da casa mais próxima, causou contaminação grave das águas subterrâneas. Análises feitas à água dos poços, usados tanto para abastecimento como para rega, revelou níveis de *E. coli* com valores mais de 2000 vezes superiores ao permitido por lei. Apesar de as autoridades terem reconhecido a ilegalidade da localização do cemitério e terem proibido funerais, os enterros conti-

nuam a realizar-se. As decisões favoráveis dos tribunais nunca foram executadas. Em consequência, o Tribunal Europeu considerou que houve uma ingerência grave, ilegal e injustificada, no direito ao domicílio dos recorrentes.

## 1.5 Atividades de lazer noturno

a) Caso *Moreno Gomez c. Espanha* (2005), violação do artigo 8º (nº 27)

127 bares e discotecas na zona residencial de Valência, um dos quais no prédio do recorrente, a funcionar desde a década de 70 estão na origem de problemas de saúde, física e psicológica, dos recorrentes. Decisões contraditórias das autoridades, reconhecendo por um lado, que se trata de uma “zona acusticamente saturada”, mas por outro, licenciando cada vez mais estabelecimentos noturnos, levaram o Tribunal Europeu a declarar que o ónus da prova dos danos se inverteu, condenando a Espanha por não ter conseguido evitar a ingerência ilegal e desproporcionada no domicílio dos moradores.

b) Caso *Oluic c. Croácia* (2010), violação do artigo 8º (nº 28)

Um bar, a funcionar durante 8 anos numa casa geminada, causou danos, medicamente comprovados, na saúde da família que reside na outra metade da casa. A ultrapassagem dos limites legais e a incapacidade de fornecer uma solução, seja pela via administrativa, seja pela via judicial, conduziram o Tribunal Europeu a condenar a Croácia por incapacidade de garantir o direito do domicílio de forma “prática e efetiva” e não “teórica e ilusória”.

c) Caso *Mileva c. Bulgária* (2011), violação do artigo 8º (nº 26)

Durante quatro anos, um clube de computadores funcionou 24 horas por dia, sete dias por semana, num apartamento de um prédio destinado a habitação. Devido aos problemas de saúde, provocados pelo ruído (dores de cabeça constantes, insónia, irritabilidade, ansiedade, tensão alta e taquicardia) os queixosos foram forçados a vender a casa e ir viver noutra bairro, num apartamento menor. Neste contexto, o Tribunal Europeu considera que as obras feitas ilegalmente no bar, não são suficientes para justificar uma condenação por violação do artigo 8º, mas o ruído e vibrações provenientes dos clientes do bar já o são, não tendo o Estado Búlgaro demonstrado diligência suficiente na consideração dos interesses em conflito.

d) Caso *Udovicic c. Croácia* (2014), violação do artigo 8º (nº 34)

Um bar funciona no piso térreo de uma casa, sendo o piso superior ocupado por uma família. Apesar das obras de isolamento, o funcionamento do bar gera ruído excessivo: música, gritos, cantar alto e quebra de vidros, além de um comportamento agressivo dos clientes do bar, ameaçando os moradores e urinando em público. O facto de os incómodos do bar se terem prolongado por mais de 10 anos, tendo a polícia sido chamada a intervir 87 vezes, e tendo sido instauradas 42 ações por quebra da paz e da ordem pública, justificou a condenação da Croácia pelo Tribunal Europeu, que considerou que não foram adotadas medidas de proteção suficientes.

## 1.6 Atividades de extração mineral

a) Caso *Tatar c. Roménia* (2009), violação do artigo 8º, com opiniões separadas (nº 33)

No ano 2000, uma mina de extração de ouro e prata, sofreu um acidente, que conduziu à libertação de 50 a 100 toneladas de cianuros e metais pesados (bioacumuláveis) que afetaram a

Roménia, a Hungria, a Sérvia e o Montenegro, percorrendo 800 km do rio Danúbio até chegar ao delta, no Mar Negro. Nos primeiros tempos após o acidente, as autoridades forneceram água potável em camiões. Em 2004, análises à água subterrânea, revelam que os níveis de cianeto, zinco e cobre ultrapassam em muito os limites legais. Após o acidente, volta a ser atribuída uma concessão de exploração a uma nova empresa. Os residentes a 100 metros da mina alegam que o seu estado de saúde se agravou depois do acidente e que não houve nem estudos ambientais adequados nem uma consulta pública que permita a participação dos cidadãos antes da atribuição da nova concessão. Reconhecendo que a contaminação do solo e da água na sequência do acidente, atingiu níveis inadmissíveis, o Tribunal Europeu considerou que toda a população de Baia Mare, incluindo os requerentes, viveram numa angústia e incerteza acentuadas pela falta de informação das autoridades nacionais sobre as consequências passadas, presentes e futuras do acidente ecológico e pelo receio de que um acidente similar volte a ocorrer. No entanto, por falta de provas médicas, não considerou provada a existência de um nexo causal entre o agravamento da doença dos requerentes e a exposição às substâncias poluentes. Expressando uma opinião separada da maioria dos juízes, os magistrados Zupancic e Gyulumyan sublinham, de forma muito incisiva, a necessidade de, no caso dos “novos riscos”, avaliar a causalidade de forma menos positivista, e mais baseada em probabilidades estatísticas.

b) Caso Dubetska c. Ucrânia (2011), violação do artigo 8º (nº 8)

Uma mina de carvão funcionando desde os anos 60, a 100 metros de distância das casas dos recorrentes (construídas em 1933 e 1959), está na origem de poluição aguda do ar, do solo e da água. Os recorrentes juntam fotografias recentes da água de cor alaranjada dos poços e de cursos de água e certificados médicos comprovativos das doenças respiratórias e oncológicas de que padecem. Reconhecendo a contaminação dos lençóis freáticos, as autoridades distribuíram, durante algum tempo, água às populações em camiões e tratores, mas em quantidade insuficiente e com escassa frequência. Decidiram igualmente realojar os recorrentes sem nunca ter chegado a concretizar a decisão. Considerando irrelevante o facto de as casas terem sido construídas ou ocupadas ilegalmente (tal como alegado pelo Estado e negado pelos particulares) o Tribunal condena a Ucrânia por, durante 12 anos pós a adesão da Ucrânia à Convenção Europeia, terem permitido que as populações continuassem a viver sem condições mínimas de salubridade.

c) Caso Ivan Atanasov c. Bulgária (2011), não violação do artigo 8º (nº 21)

Uma mina de cobre, atualmente desativada, gerou mais de 45.000 toneladas de lamas perigosas, contaminadas com cobre, zinco, cádmio, níquel, cobalto, magnésio e crómio. As lamas estão contidas num tanque, situado a um quilómetro de uma casa e a quatro quilómetros de terrenos agrícolas. Comparando com casos anteriores de maior proximidade, o Tribunal Europeu considera que a distância é considerável, que a poluição do tanque não resulta de processos industriais ativos, e que não há dados médicos que indiquem que a morbilidade no local é superior à média ou prejudiquem a capacidade dos moradores de gozar do seu domicílio.

d) Caso Pino Manzano c. Espanha (2012), não violação do artigo 8º (nº 29)

Uma pedra, situada a 200 metros da habitação do recorrente, em funcionamento 19 horas por dia, entre 1996 e 2005, provoca pó e ruído diurno e noturno. O Tribunal europeu considerou que o facto de a atividade ter cessado, não retira aos recorrentes a qualidade de vítimas, uma vez que sofreram incómodos durante anos, sem qualquer compensação. No entanto, não condena a Espanha, porque a casa dos recorrentes foi construída ilegalmente numa zona não residencial e foi objeto de diversas decisões negativas, quando pediram licença para obras de ampliação, pelo que foram os próprios que se colocaram voluntariamente numa situação de irregularidade.

## 2. INTENSIDADE, TIPOS E FORMAS DE INGERÊNCIA AMBIENTAL NA HABITAÇÃO

A poluição e a degradação ambiental podem assumir múltiplas formas e diversas intensidades. Entre a siderurgia que polui o ar, a água e o solo, com metais pesados, durante mais de 70 anos (caso Bacila c. Roménia, 2010), ou o incómodo do ruído de um dentista durante 10 anos (caso Galev c. Bulgária, 2009), há uma grande diferença.

Efetivamente, nem todas as formas e intensidades de poluição configuram violações do direito humano à habitação.

### 2.1. A intensidade da ingerência

Se considerarmos uma escala crescente de intensidade, teremos, num extremo da escala, a poluição que prejudica apenas os componentes ambientais, sem que os prejuízos humanos sejam imediatamente perceptíveis e, no outro extremo, a poluição que põe em causa a vida ou afeta gravemente a saúde das pessoas.

Danos ecológicos    Danos à habitação    Danos à saúde    Danos à vida 

É ao primeiro extremo da escala que o Tribunal Europeu alude quando afirma, recorrentemente, que não existe proteção autónoma do “direito ao ambiente” em si mesmo (casos Apanasewicz c. Polónia, 2011; Hatton c. Reino Unido, 2003; Flamenbeaum c. França, 2013; Kyrta-tos c. Grécia, 2003 etc.).

Por isso, perdas de qualidade ambiental que poderiam ser consideradas internamente, segundo as Constituições dos Estados, como violações do direito fundamental ao ambiente, no contexto do sistema de proteção de Estrasburgo só serão objeto de análise, na medida em que os incómodos ambientais atinjam um grau tal, que passa a configurar uma infração a outros direitos humanos consagrados na Convenção. Por ordem crescente de gravidade referimos o direito ao domicílio, o direito à saúde ou o direito à vida.

Na realidade, como o Tribunal afirmou desde o primeiro momento (caso Lopez Ostra c. Espanha, 1994 §51; Guerra c. Itália, 1998 §60), e mantém até hoje, para estarmos perante uma violação do direito ao domicílio, não é preciso chegar ao extremo da escala de intensidade que prejudica ou põe em perigo a vida humana ou sequer a saúde. Nas palavras do Tribunal, no caso Lopez Ostra, “naturalmente, poluição ambiental severa pode afetar o bem-estar dos indivíduos e impedi-los de disfrutar dos seus domicílios de tal forma que afeta adversamente a sua vida privada e familiar sem, contudo, pôr seriamente em perigo a sua saúde”.

Este entendimento de que basta uma interferência no direito a usufruir serenamente do seu direito à habitação, não se exigindo danos à saúde, corresponde a uma justíssima interpretação, não só porque o que está em causa é o direito à habitação e não o direito à vida ou à saúde, como porque as dificuldades na obtenção da prova dos danos à saúde têm conduzido a verdadeiros paradoxos de desproteção jurídica. Aliás, é recorrente vermos descritas, nos acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, as enormes dificuldades enfrentadas pelos recorrentes na prova do seu estatuto de vítima. Vejamos alguns exemplos.

No caso Udovicic c. Croácia, 2014, para contestar as queixas de ruído proveniente de um bar licenciado num apartamento de um prédio, o Estado diz que o barulho do bar não é muito significativo porque a própria rua já é muito barulhenta, nomeadamente em virtude do trânsito.

No caso *Grimkovkaya c. Ucrânia*, 2011, as autoridades alegam que a culpa do ruído não é sua, mas dos condutores e utentes da estrada, além de que há outras fontes de ruído, além da estrada, como uma mina de carvão próxima.

Nos casos *Tatar c. Roménia*, 2009 e *Smaltini c. Itália*, 2015, quando são apresentados estudos epidemiológicos que demonstram incidências de doenças (cutâneas, digestivas, respiratórias, oncológicas etc.) e índices de morbilidade substancialmente mais elevados no local de residência do que no restante território, o Estado alega que faltam dados médicos que estabeleçam com clareza, no caso concreto, onexo de causalidade entre a atividade poluente e a doença do queixoso.

Quando tais exames médicos específicos são apresentados, como no caso *Fadeyeva c. Rússia*, 2005, o Estado alega que a doença pode ser de origem laboral, na medida em que o queixoso contacta igualmente com as referidas substâncias também no local de trabalho. Ora, quando a vítima tem simultaneamente o estatuto de vizinho, residindo nas proximidades da fonte de emissões poluentes, e de trabalhador na instalação poluente, não devia ter maiores dificuldades em obter proteção pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem. O risco de que uma doença seja rotulada como “ocupacional” e não “habitacional”, leva a que seja menos difícil quem seja *apenas vizinho* provar a sua qualidade de vítima, do que quem seja *duplamente* vítima, vizinho e trabalhador.

Este é o círculo vicioso da prova do dano, que redundava numa injustiça chocante, que resulta da inexistência de um direito humano autónomo ao ambiente.

## 2.2. Os tipos de ingerência

Sendo assim, que tipo de ingerências ambientais é que geram violação do direito à habitação? Os incómodos ambientais que se fazem sentir dentro de casa (com ou sem reflexos na saúde, mas seguramente com reflexos no bem-estar) e que prejudicam o direito a usufruir da sua habitação, podem ser de diversos tipos, mas são sobretudo as emissões poluentes que afetam as habitações, incluindo quintais, jardins ou logradouros (caso *Apanasewicz c. Polónia*, 2011).

Ora, as emissões poluentes — denominadas externalidades ambientais negativas, pela ciência económica — podem ser súbitas ou progressivas, consoante se trate de uma degradação ambiental aguda, que ocorre quase instantaneamente, ou de uma degradação gradual, que demora algum tempo a manifestar-se. Exemplos de violações (ou riscos de violação) súbita do direito à habitação são as que decorrem do desencadeamento de processos acidentais incontrollados<sup>8</sup> como por exemplo inundações súbitas (caso *Koliadenko c. Rússia*, 2012) detonações (caso *Guerra c. Itália*, 1998), explosões (caso *Zammit c. Malta*, 2012), ruturas de tanques (caso *Ivan Atanasov c. Bulgária*, 2011), ou fugas de gás e incêndio (*Hardy e Maile c. Reino Unido*, 2012). Exemplos de violações graduais do direito à habitação, são as associadas a emissões sólidas, líquidas ou gasosas, afetando a atmosfera (casos *Lopez Ostra c. Espanha* 1994; *Bacila c. Roménia* 2010), a litosfera (*Dzemyuk c. Ucrânia*, 2014), a hidrosfera (*Dubetska c. Ucrânia*, 2011), ou a biosfera

---

<sup>8</sup> A Diretiva 2012/18/UE de 4 de julho de 2012, relativa ao controlo dos perigos associados a acidentes graves que envolvem substâncias perigosas, define acidente grave como “um acontecimento, como uma emissão, um incêndio ou uma explosão, de graves proporções, resultante de desenvolvimentos não controlados durante o funcionamento de um estabelecimento abrangido pela presente diretiva, e que provoque um perigo grave, imediato ou retardado, no interior ou no exterior de um estabelecimento, para a saúde humana ou para o ambiente, e que envolva uma ou mais substâncias perigosas” (artigo 3º n.13).

(Caso Apanasewicz c. Polónia, 2011). Podem também ser emissões de ondas mecânicas causando ruído ou vibração (caso Moreno Gomes c. Espanha, 2005; Dees c. Hungria, 2011; Grimkovskaya c. Ucrânia, 2011; Bor c. Hungria, 2013; Hatton c. Reino Unido, 2003), ondas eletromagnéticas, luminosas ou hertzianas (Fagerskyond c. Suécia 2008; Ruano Morcuende c. Espanha 2005) ou emissões radioativas (McGinley c. Reino Unido, 1998).

Na generalidade dos casos, as emissões poluentes fazem sentir-se de forma mais grave localmente, junto à fonte emissora<sup>9</sup>, e vão-se desvanecendo ou diluindo e sendo menos perceptíveis gradualmente à medida que nos afastamos dela. Este fenómeno é uma manifestação da *primeira lei* da geografia, enunciada por Waldo Tobler, segundo a qual “todas as coisas estão relacionadas com todas as outras, mas coisas próximas estão mais relacionadas do que coisas distantes”<sup>10</sup>. É também este fenómeno que explica que o afastamento preventivo seja uma forma de, através do ordenamento do território, se mitigarem os efeitos nocivos das atividades poluentes.

É assim que a delimitação de *zonas tampão* e a proibição de assentamentos humanos no entorno de instalações geradoras de incómodos ou riscos significativos é uma medida básica de proteção contra a poluição (caso Dubetska c. Ucrânia, 2011).

No entanto, esta prática nem sempre é seguida, sendo frequente a ocorrência de aglomerados habitacionais que se desenvolvem demasiado próximo de uma atividade poluente. No caso Fadeyeva c. Rússia, 2005, por exemplo, foi definida uma “zona de segurança sanitária” mas dentro da qual residiam... 6000 trabalhadores. No caso Moreno Gomez c. Espanha em 2005, o Município declara toda uma zona residencial da cidade de Valência como “acusticamente saturada” mas continua a licenciar mais estabelecimentos de diversão noturna.

Quando isto acontece, há um conjunto de pessoas — os vizinhos ambientais<sup>11</sup> — que estão mais expostas do que as restantes, aos efeitos nocivos ou aos riscos das atividades poluentes. Por outras palavras, as externalidades ambientais criam situações de desigualdade na distribuição territorial dos riscos, na medida em que as populações mais próximas da atividade emissora são mais oneradas pela poluição do que a população em geral. A isto chamamos (in)justiça territorial<sup>12</sup>.

Neste sentido, o problema jurídico que está em causa na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que aplica o artigo 8º relativo à proteção do domicílio, é o princípio da igualdade na distribuição de encargos das atividades económicas que beneficiam todos, mas oneram alguns mais do que a generalidade da população. São atividades que beneficiam os trabalhadores, porque criam emprego; beneficiam a região e o país, porque geram desenvolvimento económico; beneficiam os consumidores, pelos produtos e serviços que colocam no mercado; mas oneram os *vizinhos* mais próximos, que amiúde suportam uma fatia desproporcional dos incómodos, quando a poluição é tão elevada que configura uma violação do direito à habitação, ou até do direito à saúde e à vida.

<sup>9</sup> Com exceção dos gases que se dissipam rapidamente na atmosfera causando danos à escala planetária, como os gases com efeito de estufa e os gases que destroem a camada de ozono.

<sup>10</sup> Waldo Tobler, “A Computer Movie Simulating Urban Growth in the Detroit Region”, *Economic Geography* Vol. 46, *Supplement: Proceedings. International Geographical Union. Commission on Quantitative Methods*, June 1970, pp. 234-240.

<sup>11</sup> Na aceção de Gomes Canotilho em *Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo* Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, n.º 1, 1994. p. 55-66.

<sup>12</sup> Alexandra Aragão, “O mapeamento dos serviços culturais dos ecossistemas e a deteção de injustiças territoriais”, in: *As infraestruturas de dados espaciais e outras ferramentas de apoio a uma decisão justa*, Alexandra Aragão (coord.), Instituto Jurídico, Coimbra, 2018, p. 105-118.

### 2.3. As formas de ingerência

Essa violação pode ser direta ou indireta, por ação ou por omissão, consoante o Estado esteja na posição de operador, administrador, gestor, financiador, acionista, concessionário, licenciador, auditor, certificador, garante, segurador ou fiscalizador. A responsabilidade do Estado decorre de levar a cabo, autorizar, financiar, tolerar ou não supervisionar atividades que gerem ou agravem riscos ambientais atuais ou potenciais ou atividades que mantenham as emissões poluentes durante períodos suficientemente longos para causar degradação ambiental significativa e perda de qualidade ambiental na habitação.

Em suma, o Estado pode surgir, ele próprio, como “dono da obra”, quando está em causa uma atividade desenvolvida diretamente por organismos públicos que detêm um poder fático sobre as condições de funcionamento da atividade nociva para o ambiente. Na maior parte dos casos, todavia, o Estado está no papel de garante do equilíbrio entre interesses públicos e privados, limitando-se a regulamentar, fiscalizar e sancionar o funcionamento de atividades privadas ambientalmente incômodas. Estas são as obrigações às quais o Tribunal Europeu chama “negativas” (configurando um dever de abstenção) ou “positivas” (impondo um dever de ação)<sup>13</sup>.

## 3. DISCRICIONARIEDADE DOS ESTADOS E CONTENÇÃO JUDICIAL NA APRECIÇÃO DAS INGERÊNCIAS AMBIENTAIS NA HABITAÇÃO

Em todas as decisões sobre o direito ambiental na habitação — seja sobre a localização, sobre o grau de afetação do direito do particular, sobre a adoção de medidas de mitigação ou sobre a ponderação e justificação do interesse público da atividade — há uma dimensão substancial e uma dimensão procedimental.

**Substancialmente**, a administração do Estado e os tribunais nacionais apreciam, tanto no plano objetivo como no subjetivo, a gravidade do incômodo.

*Objetivamente*, avaliam o tipo e a intensidade das emissões. A mensurabilidade da intensidade depende do tipo de emissões: se for ruído, será medido em decibéis; se forem emissões líquidas, gasosas ou partículas, será em miligramas, mililitros ou partes por milhão, distinguindo as medições consoante seja de dia ou de noite; com janelas abertas ou com janelas fechadas; um tempo de permanência mais longo ou mais curto etc..

*Subjetivamente*, avaliam o grau de sensibilidade individual àquele incômodo: se se trata de uma pessoa saudável ou doente, se se trata de uma pessoa jovem ou idosa, se é uma pessoa particularmente sensível àquele fator de incomodidade que a torna mais suscetível de desenvolver outras patologias, nomeadamente patologias do sono ou do foro neurológico (Oluic c. Croácia, 2010; Ivan Atanasov c. Bulgária, 2011).

**Procedimentalmente**, desenvolvem as diligências necessárias à escolha informada da localização, ao apuramento, com consulta prévia, do grau de afetação, à escolha participada das medidas corretivas, à ponderação democrática de vantagens e encargos da atividade. O Tribunal considera que a Convenção não impõe regras procedimentais aos Estados. No caso Walkuska c.

---

<sup>13</sup> §3, página 8 do Guide of the Directorate of the Jurisconsult of the Council of Europe on Article 8 of the European Convention on Human Rights. *Right to respect for private and family life, home and correspondence*, Strasbourg, 2018.

Polónia, 2008, o Tribunal afirma que pode ter sido realizada uma ponderação adequada, mesmo sem ter levado a cabo uma avaliação qualitativa dos efeitos sobre a habitação.

No entanto, o Tribunal considera também que são exigidos determinados procedimentos mínimos, que envolvam a realização de estudos ou auditorias para aferição dos incómodos ambientais, que mostrem que as percepções subjetivas foram tomadas em consideração nos procedimentos autorizativos, inspetivos, corretivos ou sancionatórios, e que permitam a audição de todas as partes interessadas em diferentes etapas dos procedimentos.

No caso *Grimkoskaya c. a Ucrânia* 2011, o Tribunal chega a afirmar expressamente que decide tendo em consideração a Convenção de Aarhus sobre acesso à informação, participação e acesso à justiça em matéria ambiental.

A discricionarietà dos Estados existe tanto nas decisões substanciais como nas procedimentais. No entanto, tal como o Tribunal já teve ocasião de afirmar (por exemplo, no caso *Hatton c. Reino Unido*, 2003), quanto maior for a discricionarietà do Estado na dimensão substancial, menor será na procedimental. Ou seja, se a atividade causa incómodos notórios e não são feitas diligências aturadas para a sua mensuração, avaliação ou ponderação, então as vítimas deverão ter múltiplas oportunidades de se pronunciar, de apresentar queixa ou de impugnar judicialmente as decisões.

Pelo contrário, se forem feitas diversas diligências, como medições, sondagens, testes, análises e estudos, destinados a avaliar o grau de afetação e a apurar as condições de perturbação, então a existência de múltiplas instâncias de audição e oportunidade de participação das vítimas poderá não ser tão essencial.

Se, numa análise substancial, não foi possível concluir pela violação, baseado no argumento de que o Estado tem uma significativa margem de manobra quanto à apreciação da correção da localização, quanto à suficiência das medidas de minimização ou quanto à necessidade de desenvolver a atividade, numa sociedade democrática, o Tribunal passa à análise da medida em que os requisitos procedimentais foram observados. Primeiro, se houve investigações e estudos suficientes para prever com antecipação os efeitos das atividades em causa de forma a poder ponderar conscientemente as vantagens e os inconvenientes da atividade. Depois, se houve acesso do público aos referidos estudos e informações que lhe permitissem avaliar o perigo a que estavam expostos. Em seguida, se os particulares tiveram oportunidade de se pronunciar durante o processo de tomada de decisão e se as suas opiniões foram suficientemente tidas em consideração durante esse processo; por fim, se as alegadas vítimas tiveram oportunidade de recorrer aos tribunais nacionais, para que eles profiram decisões justas e efetivas, em tempo útil.

Sintetizando, na construção jurisprudencial do Tribunal, há um conjunto de obrigações, simultâneas ou sucessivas, dos Estados:

- Criar um enquadramento legislativo adequado para atividades suscetíveis de causar incómodos ambientais na habitação.
- Desenvolver uma atuação administrativa coerente que siga os passos de autorização da atividade, de licenciamento da localização e funcionamento da instalação, licença de exploração, vigilância e fiscalização das condições de laboração.
- Adotar medidas adequadas e eficazes, baseadas em inquéritos e estudos apropriados.
- Facultar o acesso e divulgar informações que permitam aos cidadãos compreender os riscos aos quais estão expostos.

- Criar oportunidades de participação para que os cidadãos possam exprimir os seus interesses, preocupações e observações e para que estes sejam tidos em consideração nos processos decisórios.
- Ponderar os interesses em conflito fazendo um justo equilíbrio entre interesses públicos e privados.
- Criar meios de recurso judicial e extrajudicial contra leis, regulamentos, atos ou omissões administrativas.

Simetricamente, há um conjunto de momentos em que a discricionariedade dos Estados prevalece e a separação de poderes impera:

- Na apreciação da localização da atividade nociva (decisões de planeamento e de ordenamento do território, como no caso *Hatton c. Reino Unido*, 2003)
- Na apreciação do grau de afetação do direito a usufruir/disfrutar da habitação. O Estado está mais bem posicionado para dizer se se trata de uma perturbação significativa ou não significativa do imóvel.
- Na decisão sobre as medidas a adotar na origem para evitar, corrigir, sancionar os incómodos atuando sobre a “fonte emissora”, como por ex. reduzindo os valores-limite legais de emissões, alterando horários de funcionamento, impondo condições de funcionamento ou aplicando sanções.
- Na decisão sobre as medidas a adotar ao nível do recetor para evitar, corrigir ou compensar os incómodos atuando sobre a vítima, como por ex. apoio na introdução de melhoramentos na casa, financiamento da mudança de habitação, atribuição de uma compensação pelo incómodo.
- Na decisão sobre a ponderação dos interesses privados ou públicos em conflito, subjacentes à atividade nociva em causa, considerando, por um lado, como proporcionada ou desproporcionada a relação de forças e o peso relativo dos valores, e, por outro lado, os interesses privados afetados pelos incómodos da atividade.

## **CONCLUSÃO: MAIS VALE PREVENIR DO QUE REMEDIAR AS INJUSTIÇAS TERRITORIAIS**

Na realidade, o percurso pela jurisprudência deixou bem patentes os pontos fracos da proteção jurídica das condições ambientais da habitação nos Estados membros. Os contornos dos casos que chegam a Estrasburgo, depois de percorrer complexos trilhos judiciais e extrajudiciais dentro do labirinto da justiça Estadual, impressionam. São milhares de afetados, a lutar durante décadas, até conseguir ganhar o direito de tentar demonstrar, perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, primeiro, a gravidade da ingerência na habitação e depois, a absoluta insuficiência das medidas preventivas, reumatórias, compensatórias ou sancionatórias, adotadas, decretadas, anunciadas ou apenas prometidas pelos poderes públicos.

A partir da análise dos julgados, conclui-se que, a despeito da ausência de uma proteção ambiental autónoma, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem extrai do direito à habitação a proteção a aspectos ambientais correlacionados e, em adição, adota uma postura de defesa em

favor dos agentes privados face ao Estado, tanto de um ponto de vista material relativo à intensidade da ingerência e seu impacto, quanto de um ponto de vista procedimental pela imposição de parâmetros mínimos de atuação, ligados à postura diligente.

Sem prejuízo da postura de contenção do Tribunal, compreende-se que a adoção de certas posturas precautórias pelo Estado teria evitado o cometimento de danos ao direito à habitação, a tutela ressarcitória e os respectivos custos processuais. Deste estudo jurisprudencial deve extrair-se uma lição: a seriedade das injustiças territoriais — populacionalmente tão alargadas e temporalmente tão prolongadas — que decorrem da violação do direito ambiental à habitação, exige novos instrumentos jurídicos mais eficazes, prospetivos e não reativos, que reflitam novas abordagens, preventivas e não reparatórias<sup>14</sup>.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandra. Ensaio sobre a prospetividade no Direito Administrativo do Ambiente. A protecção jurídica do futuro. In: VITAL, Fezas; SOARES, Rogério. **Cadernos do Centenário do Boletim da Faculdade de Direito**, Instituto Jurídico, Conferências, Direito Administrativo, 2016, p. 93-128.

ARAGÃO, Alexandra. O mapeamento dos serviços culturais dos ecossistemas e a deteção de injustiças territoriais. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **As infraestruturas de dados espaciais e outras ferramentas de apoio a uma decisão justa**. Instituto Jurídico, Coimbra, 2018, p. 105-118.

CANOTILHO, Gomes. Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**, n. 1, 1994, p. 55-66.

COUNCIL OF EUROPE, Directorate of the Jurisconsult. **Right to respect for private and family life, home and correspondence**: Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights. Strasbourg, 2018.

TOBLER, Waldo. A Computer Movie Simulating Urban Growth in the Detroit Region. **Economic Geography**, Vol. 46, Supplement: Proceedings. International Geographical Union. Commission on Quantitative Methods, June 1970, p. 234-240. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/pdf/143141.pdf>.

## Instrumentos normativos

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: ONU, 1948.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais**. Nova Iorque: ONU, 1966

PORTUGAL. [Constituição (1976)]. **Constituição da República Portuguesa de 1976**. Lisboa: Assembleia Nacional Constituinte, 1976.

<sup>14</sup> Alexandra Aragão, “Ensaio sobre a prospetividade no Direito Administrativo do Ambiente. A protecção jurídica do futuro”, in: *Conferências / Direito Administrativo* Fezas Vital e Rogério Soares - Cadernos do Centenário do Boletim da Faculdade de Direito, Instituto Jurídico, 2016, p. 93-128.

A proteção do direito à habitação no Tribunal Europeu de Direitos do Homem: uma análise jurisprudencial

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Nice: Parlamento Europeu, 2000.

UNIÃO EUROPEIA. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais**. Roma: Conselho da Europa, 1950.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2012/18/UE de 4 de julho de 2012** relativa ao controlo dos perigos associados a acidentes graves que envolvem substâncias perigosas. Estrasburgo: Parlamento Europeu, 2012.

## Jurisprudência

GERECHTSHOF DEN HAAG. **The State of the Netherlands v. Urgenda Foundation**, n. 200.178.245/01, julgado em 9 out. 2018. Disponível em [https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ECLI\\_NL\\_GHDHA\\_2018\\_2610.pdf](https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ECLI_NL_GHDHA_2018_2610.pdf). Acesso em: 14 mar. 2020.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Apanasewicz c. Pologne**, n. 6854/07, julgado em 3 maio 2011.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Băcilă c. Roumanie**, n. 19234/04, julgado em 30 mar. 2010.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Bor v. Hungary**, n. 50474/08, julgado em 18 jun. 2013.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Borysiewicz v. Poland**, n. 71146/01, julgado em 1 jul. 2008.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Cordella et Autres c. Italie**, n. 54414/13 et 54264/15, julgado em 24 jan. 2019.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Deés v. Hungary**, n. 2345/06, julgado em 9 nov. 2010.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Di Sarno and others v. Italy**, n. 30765/08, julgado em 10 jan. 2012.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Dubetska and others v. Ukraine**, n. 30499/03, julgado em 10 fev. 2011.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Dzemyuk v. Ukraine**, n. 42488/02, julgado em 4 set. 2014.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Fadeyeva v. Russia**, n. 55723/00, julgado em 9 jun. 2005.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Fagerskiöld Lars and Astrid Fägerskiöld v. Sweden**, n. 37664/04, julgado em 26 fev. 2008.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Flamenbaum et Autres c. France**, n. 3675/04 et 23264/04, julgado em 13 dez. 2012.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Furlepa Janina Furlepa v. Poland**, n. 62101/00, julgado em 18 mar. 2008.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Giacomelli v. Italy**, n. 59909/00, julgado em 2 nov. 2006.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Giuseppina Smaltini c. Italie**, n. 43961/09, julgado em 24 mar. 2015.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Greenpeace E. V. and others v. Germany**, n. 18215/06, julgado em 12 maio 2009.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Grimkovskaya v. Ukraine**, n. 38182/03, julgado em 21 jul. 2011.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Guerra and others v. Italy**, n. 116/1996/735/932, julgado em 19 fev. 1998.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Halina Walkuska v. Poland**, n. 6817/04, julgado em 29 abr. 2008.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Hardy and Maile v. The United Kingdom**, n. 31965/07, julgado em 14 fev. 2012.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Hatton and others v. The United Kingdom**, n. 36022/97, julgado em 8 jul. 2003;

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Ivan Atanasov v. Bulgaria**, n. 12853/03, julgado em 2 dez. 2010.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Kolyadenko and others v. Russia**, n. 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 and 35673/05, julgado em 28 fev. 2012.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Kyrtatos v. Greece**, n. 41666/98, julgado em 22 maio 2003;

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Lopez Ostra v. Spain**, n. 16798/90, julgado em 9 dez. 1994.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **María Isabel Ruano Morcuende c. Espagne**, n. 75287/01, julgado em 6 set. 2005.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Martínez Martínez et Pino Manzano c. Espagne**, n. 61654/08, julgado em 3 jul. 2012.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Mcginley and Egan v. The United Kingdom**, n. 10/1997/794/995-996, julgado em 9 jun. 1998.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Mileva and others v. Bulgaria**, n. 43449/02 and n. 21475/04, julgado em 25 nov. 2010.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Moreno Gomez v. Spain**, n. 4143/02, julgado em 16 nov. 2004.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Nikola Ivanov Galev and others v. Bulgaria**, n. 18324/04, julgado em 29 set. 2009.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Oluić v. Croatia**, n. 61260/08, julgado em 20 maio 2010.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Powell and Rayner v. The United Kingdom**, n. 9310/81, julgado em 21 fev. 1990.

A proteção do direito à habitação no Tribunal Europeu de Direitos do Homem: uma análise jurisprudencial

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Pretty v. The United Kingdom**, n. 2346/02, julgado em 29 abr. 2002.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Tătar c. Roumanie**, n. 67021/01, julgado em 27 jan. 2009.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Udovičić v. Croatia**, n. 27310/09, julgado em 24 abr. 2014.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. **Zammit Maempel v. Malta**, n. 24202/10, julgado em 22 nov. 2011.

Recebido em: 14 mar. 2020.

Aceito em: 13 out. 2020.

**SUMISIÓN Y RESIDENCIA HABITUAL EN EL  
REGLAMENTO EUROPEO DE SUCESIONES:  
FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS. Revista  
Internacional de Derecho Romano, nº 24, abr. 2020.  
Da autoria das Profas. Dras. Carmen López Rendo  
e María José Azaustre**

**Javier Carrascosa González**

Professor Catedrático de Derecho Internacional Privado da  
Universidad de Murcia  
carras@um.es

Ha visto la luz el trabajo titulado "Sumisión y residencia habitual en el Reglamento europeo de sucesiones: fundamentos romanísticos", escrito por Carmen López Rendo Profesora Titular de Derecho Romano Universidad de Oviedo y por María José Azaustre, Profesora Ayudante Doctor de Derecho Romano Universidad de Oviedo, en la Revista Internacional de Derecho Romano, nº 24, abril 2020. (<http://www.ridrom.uclm.es/documentos24/lopez24.pdf>). Se trata de un estudio de 116 páginas que constituye, en realidad, una auténtica monografía sobre el tema.

El objeto del trabajo es el Reglamento Europeo de Sucesiones 650/2012 y en concreto dos de los elementos que el mismo toma como foros de competencia internacional para determinar la autoridad pública, -normalmente un tribunal-, que es competente para decidir los litigios derivados de una sucesión *mortis causa* con elementos extranjeros. Tales elementos son la sumisión, -el acuerdo entre las partes para litigar ante los tribunales de un concreto Estado miembro-, y la residencia habitual del causante. El estudio se centra en la competencia judicial aunque ofrece también datos de interés desde el punto de vista la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*.

Se trata de un trabajo sumamente valioso. En primer lugar, porque el tema elegido como objeto de la investigación presenta un carácter práctico pero que, al mismo tiempo, necesita un profundo conocimiento de la dogmática jurídica más concluyente.

En segundo lugar, porque sus fundamentos doctrinales son sólidos. No hay tesis, hipótesis, propuesta o conclusión que no aparezca bien apoyada en los más robustos pilares jurisprudenciales y doctrinales. En tercer lugar, porque pone el acento en la fase de la competencia judicial como *prius* fundamental de todo proceso. Con frecuencia, numerosas reflexiones teóricas se pierden en bizantinos debates pero olvidan que antes, siempre antes, es preciso concretar qué tribunal de qué Estado es competente para conocer de un asunto litigioso transfronterizo. En cuarto lugar, porque es un estudio del que aprende todo jurista inquieto ansioso por progresar. El conocimiento jurídico avanza con trabajos como el que recensionamos.

Hace ya unos años, Ch. Baldus escribió que las diferencias entre los Derechos nacionales relativos a las sucesiones *mortis causa* se han exagerado de manera desproporcionada. La frase de este autor resulta reveladora. Al final, expresa Ch. Baldus, "*casi todo en Europa occidental es romano*" (C. Baldus, "¿Hacia un nuevo derecho sucesorio europeo?", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, nº 49, 2009, pp. 419-438). Y es aquí donde de manera espontánea el jurista se pregunta si el Derecho internacional privado europeo es también romano es sus raíces, romano en su técnica jurídica y romano en sus objetivos. La conexión Derecho romano - Derecho internacional privado ha sido explorada con excesiva cautela hasta el presente y no por falta de buenas reflexiones y de mentes brillantes como las de W. Niederer y F. Sturm (W. Niederer,

“Ceterum quaero de legum imperii romani conflictu”, *RCDIP*, 1960, pp. 137-150; F. Sturm, “Comment l’Antiquité réglait-elle ses conflits de lois?”, *JDI Clunet*, 106, 1979, pp. 259-273). Sabido es que las relaciones jurídico privadas entre romanos y extranjeros (*peregrinos*) eran reguladas por el *Jus Gentium*, un cuerpo de reglas derivadas de la razón, dice la mejor doctrina, que mediante instituciones sencillas, daba solución jurídica a estas relaciones. Más allá de ello, el acierto del estudio de Carmen López Rendo y de María José Azaustre, radica en explorar los basamentos teóricos de dos reglas fundamentales del muy importante Reglamento sucesorio europeo. Y es aquí donde el acierto de este estudio radica.

La sumisión es una institución eficiente: se litiga donde las partes deciden porque, en resumidas cuentas, todos los tribunales destilan Justicia y de ese modo, actor y demandado acuden al tribunal ante el cual la litigación les comporta menos costes. El genio romano fue sensible a este valor, pues todo el Derecho romano y también el Derecho jurisdiccional romano es un precipitado de reglas eficientes cuyo objetivo es que las relaciones entre los particulares fluyan y se produzca el mayor nivel posible de intercambio de bienes y servicios. Por tanto, como pone de relieve este trabajo, los fundamentos axiológicos de la sumisión están presentes ya en el Derecho romano. Ello se ve apoyado por las reglas del Derecho histórico español, cuya cita no falta, desde el Fuero Juzgo a las Partidas alfonsinas pasando por el Ordenamiento de Alcalá para acabar con referencias a la Novísima Recopilación, al Código de Comercio de Sainz de Andino de 1829 y a la ya derogada Ley de enjuiciamiento civil de 1881, cuya regulación de la competencia judicial internacional era extraordinariamente deficiente, por ser benévolo con el calificativo. Acierta también el texto cuando destaca que, no obstante, el Reglamento sucesorio europeo peca de reglamentista al exigir una pléyade de complejos requisitos que hacen de la sumisión, un negocio jurídico extremadamente complejo y que, en la práctica, será operativo en escasas ocasiones. Y no es que en Derecho romano tales requisitos no existieran, que bien que estaban presentes. Sin embargo, resulta llamativo que sea más sencillo alcanzar un acuerdo de sumisión para designar el tribunal competente para conocer de un litigio internacional sobre custodia y vistas de un menor (*vid.* art. 12 Reglamento Bruselas II-bis), que acordar la competencia para un litigio sucesorio con elementos extranjeros (arts. 5-9 Reglamento sucesorio europeo).

En cuanto a lo relativo a la residencia habitual, es acierto del estudio que se comenta haber creado una conexión valorativa entre la "residencia habitual" como criterio general de competencia en el Reglamento sucesorio europeo (art. 4) y la noción de *domicilium* propia del Derecho Romano. Pues bien, la riqueza argumentativa del Derecho Romano, pasado por el tamiz del Derecho medieval propio de la recepción, muestra aquí su fuerza de persuasión en favor de un Derecho Privado eficiente. Se debe litigar, en defecto de otros criterios, ante los tribunales que corresponden al lugar donde el demandado tiene su sede, su hogar, su domicilio, su residencia estable. Ésa es la idea y responde a un criterio operativo muy sencillo: en dicho lugar es donde se encontrarán, normalmente, los bienes litigiosos y/o los bienes del demandado que, en su caso deberán ser ejecutados para satisfacer las pretensiones del actor. La ejecución de la sentencia será, pues, sencilla y así quedará salvada, protegida y potenciada la buena administración de la Justicia. Una Justicia cercana al lugar donde están los bienes litigiosos tiende a ser una Justicia más veloz y con más calidad jurídica.

El Reglamento sucesorio europeo toma el concepto de residencia habitual de los precedentes inmediatos de otros reglamentos europeos de Derecho internacional privado y éstos, de los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, el concepto tiene una inequívoca raíz romana que este estudio resulta con precisión, claridad y profundidad. Una cita bastará, la de Paulo, cuyas palabras son elocuentes en su riqueza sintética: "*Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione*". Éste es el dato clave: la sede de la persona, su residencia habitual, es un dato de

hecho. Se localiza allí donde los hechos conducen, y no basta una afirmación para cambiar de *domicilium*. Hechos y no palabras son los relevantes. El Derecho jurisdiccional romano siempre fue intensamente práctico. Por ello en él primaron siempre los datos de hecho sobre las declaraciones personales y las presunciones jurídicas. El valor dado, en el caso de múltiples residencias de la persona, la intención de la persona es también una creación evolutiva del Derecho Romano, como pone de manifiesto este estudio. Evolución que se percibe también en el concepto de "residencia habitual" acogido por el Reglamento sucesorio europeo.

En suma, debe darse una calurosa bienvenida a este estudio entre los más destacados esfuerzos por demostrar que la lógica intrínseca del Derecho privado está presente ya en el Derecho Romano y en la interpretación medieval del mismo llevada a cabo por los inmarcesibles juristas de la recepción. Con una redacción clara, una profundidad manifiesta, un aparato doctrinal sólido y unas consecuencias prácticas innegables, es un placer abandonarse a la sugestiva lectura de estas reflexiones tan creativas sobre la "Sumisión y residencia habitual en el Reglamento europeo de sucesiones: fundamentos romanísticos".

-----