

JORGE RENATO DOS REIS
FERNANDA BRANDT
Organizadores

INTERSECÇÕES JURÍDICAS ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

ISBN 978-85-8443-128-1

 **MULTIDEIA**
editora

INTERSECÇÕES JURÍDICAS ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Multideia Editora Ltda.
Rua Desembargador Otávio do Amaral, 1.553
80710-620 - Curitiba - PR
+55(41) 3339-1412
editorial@multideiaeditora.com.br

Conselho Editorial

Marli Marlene M. da Costa (Unisc)	Luiz Otávio Pimentel (UFSC)
André Viana Custódio (Unisc)	Orides Mezzaroba (UFSC)
Fabiana Marion Spengler (Unisc)	Sandra Negro (UBA/Argentina)
Salete Oro Boff (Unisc/IESA/IMED)	Nuria Belloso Martín (Burgos/Espanha)
Carlos Lunelli (UCS)	Denise Fincato (PUC/RS)
Liton Lanes Pilau (Univalli)	Wilson Engelmann (Unisinós)
Danielle Annoni (UFPR)	Neuro José Zambam (IMED)

Coordenação editorial e revisão: Fátima Beghetto
Projeto gráfico e capa: Sônia Maria Borba
Diagramação: Bruno Santiago Di Mônaco Rabelo
Imagem da capa: [Serz72] / Depositphotos.com

CPI-BRASIL. Catalogação na fonte

- 161 Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado: a constitucionalização do direito privado. [recurso eletrônico] / Jorge Renato dos Reis, Fernanda Brandt – Curitiba: Multideia, 2017.
198p.; 23cm
Vários autores
ISBN 978-85-8443-128-1
1. Direito público. 2. Direito privado. 3. Direito constitucional. I. Reis, Jorge Renato dos (org.). II. Brandt, Fernanda (org.). III. Título.

CDD 340.1 (22. ed.)
CDU 340

JORGE RENATO DOS REIS
FERNANDA BRANDT
Organizadores

INTERSECÇÕES JURÍDICAS ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

AUTORES

Alexandre Brandão Rodrigues	Juliana Machado Fraga
Alexandre Rocha Moni	Márcia da Silveira Moreira
Caroline Cristiane Werle	Marcos Vinícius da Rosa
Danielle Dornelles	Monique Pereira
Fernanda Brandt	Priscila de Freitas
Fernando Roberto Schnorr Alves	Rafael Verdum Cardoso Figueiró
Gustavo Alberto Schneider	Raimar Rodrigues Machado
Jorge Renato dos Reis	Suzéte da Silva Reis
Josias Michel Schott	Tatiane de Fátima da Silva Pessôa
Júlia Bagatini	Thais Cristina Kich
Júlia Gonçalves Quintana	Willyam Cristian Krug

Curitiba



2017

APRESENTAÇÃO

É do conhecimento de todos que se não se superou e que há na atualidade um abrandamento da outrora consagrada dicotomia direito público *versus* direito privado. Fatores vários que aqui não cabe analisar por questões de tempo e espaço, levaram a esta nova configuração. Há uma aproximação muito clara entre ambos os ramos do Direito. Sobretudo uma inter-relação do público no privado.

Assim, foi muito feliz o Professor Dr. Jorge Renato dos Reis ao idealizar o Grupo de Pesquisas *Intersecções jurídicas entre o público e o privado*, pois, de fato, a palavra “intersecções” é excelentemente demonstrativa desta realidade que se quer demonstrar.

A inadequação deste modelo originado nos padrões oitocentistas do direito privado exige novas configurações, mormente a partir do constitucionalismo contemporâneo.

O Grupo de Pesquisa tem construído significativas reflexões nesta linha de mira nos últimos anos. O Grupo se reúne ordinariamente nas quintas-feiras na sede do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Sempre com tema de estudo pré-definido. E mantém contatos com vários Grupos de Pesquisa da chamada “Constitucionalização do Direito Privado”, no Brasil e além-fronteiras.

A obra que tenho o privilégio de apresentar é uma prova deste trabalho muito profícuo de todos: professores, doutorandos, mestrandos e alunos da graduação em Direito da Unisc.

São textos sobre variados temas, todos de significativa complexidade e atualidade, que vão do princípio da solidariedade à responsabilidade civil nesta sociedade de risco.

Passando pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações interprivadas e pela propriedade como direito fundamental, até desaguar em assuntos como segurança no litoral norte gaúcho e possibilidade de alteração de nome e de gênero.

Resta desejar aos autores desta obra coletiva que sua dedicação à Academia continue produzindo muitos bons frutos.

E aos leitores, bom proveito.

Santa Cruz do Sul, 30 de novembro de 2016.

*Prof. Dr. Luiz **Gonzaga** Silva **Adolfo***

SUMÁRIO

A SUSTENTAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE A PARTIR DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: AS CONTRIBUIÇÕES DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA.....	11
<i>Monique Pereira</i>	
<i>Jorge Renato dos Reis</i>	
A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES INTERPRIVADAS: A (IN)TENSA CORRELAÇÃO ENTRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A AUTONOMIA DA VONTADE	23
<i>Gustavo Alberto Schneider</i>	
<i>Fernando Roberto Schnorr Alves</i>	
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO E A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE	43
<i>Thais Cristina Kich</i>	
<i>Júlia Bagatini</i>	
A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO NA PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE.....	63
<i>Suzéte da Silva Reis</i>	
<i>Priscila de Freitas</i>	
A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO AUTORAL FRENTE ÀS NOVAS TECNOLOGIAS EM REDE – INTERNET	83
<i>Fernanda Brandt</i>	
<i>Tatiane de Fátima da Silva Pessôa</i>	
UMA ANDORINHA SÓ NÃO FAZ VERÃO: O DIREITO FUNDAMENTAL À SOLIDARIEDADE FRENTE À CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO NO BRASIL	99
<i>Caroline Cristiane Werle</i>	
<i>Júlia Gonçalves Quintana</i>	
O DIREITO À ALTERAÇÃO DO NOME E DESIGNAÇÃO DO GÊNERO À LUZ DO PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO	119
<i>Alexandre Rocha Moni</i>	
<i>Marcos Vinícius da Rosa</i>	
O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO SUPERPRINCÍPIO INTERPRETATIVO DIANTE DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO	137
<i>Juliana Machado Fraga</i>	
<i>Márcia da Silveira Moreira</i>	

A PROPRIEDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO CONSTITUCIONALISMO
CONTEMPORÂNEO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA ATUAL PERSPECTIVA
DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NA SEARA PRIVADA 147

Daniéle Dornelles

Alexandre Brandão Rodrigues

ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO: UM MODELO DE SEGURANÇA DESENVOLVIDO
NO LITORAL NORTE DO ESTADO..... 157

Rafael Verdum Cardoso Figueiró

Willyam Cristian Krug

A PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR
NO AMBIENTE VIRTUAL: O PODER DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR FRENTE
AO DIREITO À PRIVACIDADE 177

Raimar Rodrigues Machado

Josias Michel Schott

A SUSTENTAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE A PARTIR DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: AS CONTRIBUIÇÕES DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

Monique Pereira

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, com bolsa promovida pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Advogada.

Contato: moniquepereira.adv@gmail.com.

Jorge Renato dos Reis

Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Salerno-Itália. Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Especialista em Direito Privado pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul. Professor na graduação da Unisc. Coordenador do Grupo de Estudos “Intersecções Jurídicas entre o Público e Privado”, vinculado ao programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Advogado atuante.

Contato: jreis@unisc.br.

Resumo:

O presente artigo aborda o princípio da solidariedade a partir da constitucionalização do direito privado, tendo como base as contribuições da hermenêutica filosófica. A partir destas três vertentes, divide-se o texto igualmente em três partes, a fim de estudar cada uma delas e as suas inter-relações. Na primeira, aborda-se a mudança de paradigma do direito público e privado, com a superação da ideia de dicotomia entre os dois institutos. Assim, volta-se a atenção ao fenômeno da “constitucionalização do direito privado”, de onde passou-se a conceber as relações/intersecções existentes entre o que se tem por público e privado. Logo após, o estudo recai sobre o princípio da solidariedade, onde serão esclarecidos alguns dos aspectos jurídicos deste princípio constitucional, notadamente no que diz respeito à solidariedade nas relações entre particulares. Por fim, no terceiro e último tópico, abordam-se alguns elementos da hermenêutica filosófica de Gadamer, que possibilitam o entendimento do que se propunha o trabalho, ou seja, verificar se a estrutura de interpretação proposta por Gadamer é capaz de possibilitar a compreensão da realidade social e, conseqüentemente, agregar o valor da solidariedade no momento de compreensão e decisão de conflitos.

Palavras-chave: Constitucionalização do direito privado. Solidariedade. Hermenêutica filosófica.

1 INTRODUÇÃO

O princípio da solidariedade, a partir da Constituição Federal de 1988, surge como um fio condutor de todas as relações jurídicas sociais, e com a oxigenação do ordenamento jurídico sofrida pelo fenômeno da constitucionalização do direito privado, o instituto também passou a ser vislumbrado em todas as relações interprivadas.

Com o intuito de revelar de que forma a hermenêutica filosófica pode aprofundar esse debate, ou seja, efetivar de maneira mais concreta o princípio da solidariedade nas relações particulares, atenta o trabalho para três grandes questões: a constitucionalização do direito privado, o princípio da solidariedade e a hermenêutica filosófica.

2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: ALGUNS APONTAMENTOS NECESSÁRIOS

Para melhor compreensão acerca da mudança de paradigma no direito civil, sobretudo pelo fato de anteriormente haver a existência de um direito civil totalmente autônomo em relação ao direito constitucional, mister voltar a atenção ao fenômeno da “constitucionalização do direito privado”, marcado substancialmente pela repersonalização/despatrimonialização do direito (TEPEDINO, 2008), de onde se passou a conceber as relações/intersecções existentes entre o direito público e o direito privado (SARLET, 2009). Valendo-se do entendimento de Barroso (2010, p. 368) acerca do desenrolar desse fenômeno ao longo dos séculos, divide-se as relações de direito constitucional e civil em três partes/etapas de um “processo de aproximação longa e progressiva: mundos apartados (primeira fase); publicização do direito privado (segunda fase) e constitucionalização do direito civil (terceira fase).

Os “mundos apartados” a que se refere Barroso compreendem-se na antiga dicotomia¹ existente entre o direito público e o direito privado, que tem seu ápice de complexidade com o advento do Estado Liberal. É na existência do Estado Liberal que essa dicotomia se faz clara.

De um lado, estava a Constituição, encarregada de dividir poderes e regular a atuação do Estado, e, de outro, distante, encontrava-se o Código Civil – a Constituição Privada –, responsável por regular as ações e as relações entre os particulares, com a exclusão de qualquer intervenção do Estado na vida privada. Assim, primava-se pela liberdade dos indivíduos, pela autonomia de vontade e relações patrimoniais livres (LÔBO, 2009, p. 19). Ainda em Lôbo (2003, p. 201), percebe-se que a Constituição e o Código Civil cumpriram com o papel que à época lhes era inerente: “um, o de limitar profundamente o Estado e o poder político (Constituição), o

¹ A expressão dicotomia é trazida por Bobbio no artigo “A grande dicotomia: público/privado”, traduzido por Marco Aurélio Nogueira e publicado no livro “Estado, Governo, Sociedade”, publicado pela editora Paz e Terra, em 1992.

outro, o de assegurar o mais amplo espaço de autonomia aos indivíduos, nomeadamente no campo econômico”.

A dicotomia existente à época proliferou-se nas mais diversas codificações dos Estados influenciados pelo Código francês, o que compreende a primeira fase do direito civil-constitucional (mundos apartados). Dessa forma, não se cogitava qualquer intersecção entre essas duas esferas tidas como completamente opostas e autônomas. Tinha-se, então, o entendimento de que centralizar as normas de direito privado em um único documento, o código civil, seria suficiente para dar conta de todas as complexidades sobrevindas do exercício da vida civil, o que se confirmou, na prática – e tempos depois –, como sendo tarefa impossível.

Com o fim da Primeira Guerra (e ainda mais intensamente após o fim da Segunda Guerra), iniciou-se na Europa um movimento de significativa mudança na legislação civil, com “a multiplicação das leis especiais, que criavam novos microssistemas jurídicos” (SARMENTO, 2006, p. 72). É nesse momento que se inicia a segunda fase referida por Barroso (2010) em relação ao fenômeno da constitucionalização do direito privado: a publicização do direito privado². Isso porque, segundo Lôbo (2003, p. 204), vários dos movimentos sociais ocorridos durante a revolução industrial “constituíram-se em arenas de exigências de liberdades materiais e de imersão de novos direitos, para o que a codificação se mostrou inadequada”. Assim, fez-se necessária a abertura de microssistemas apartados do Código Civil. Tal fenômeno, de publicização do direito privado, refere-se ao crescente processo de intervenção estatal, notadamente no que diz respeito às mudanças legislativas (LÔBO, 2003), com a criação de diversos microssistemas jurídicos, os quais determinaram significativa redução da autonomia privada por meio da intervenção do Estado, protegendo-se de forma jurídica o hipossuficiente (REIS, 2015). Tal fenômeno deu-se com a retirada de diversas matérias do Código Civil – que, anteriormente regulava todas as relações privadas – para sistemas e códigos autônomos.

Pode-se dizer assim que, com a “derrubada” dos pilares que sustentavam a base do ideário do Estado Liberal –, que constituíam basicamente nas relações patrimoniais – em detrimento da pessoa humana, sobreveio o fenômeno da “transpersonalização” ou então “repersonalização”

² Importante se faz separar o termo “publicização” de “constitucionalização”. Lôbo (2003, p. 201) traz uma distinção interessante: “a publicização deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos”.

do direito (ARONNE, 2014). Orlando de Carvalho (1981, p. 92) explica o sentido e a essência do que se entende por repersonalização do direito, como sendo uma valorização ética do cidadão comum, citando alguns exemplos onde a centralização do homem e da sua dignidade é tida como a maior preocupação do Estado. Para Lôbo (2003, p. 201), esse fenômeno consiste no reencontro da emancipação da pessoa humana, “no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante”.

Com isso, é possível afirmar com propriedade que, quando a Constituição brasileira de 1988 tutela o direito à vida – e coloca em um primeiro grau o direito de personalidade –, situando em um primeiro patamar o sujeito, não está fazendo homenagem àquele sujeito/indivíduo abstrato do sistema clássico. Refere-se a um novo sujeito/pessoa, àquele que tem uma existência concreta, com direitos constitucionalmente garantidos: vida, patrimônio mínimo (que compreende habitação) e sobrevivência (FACHIN, 2000).

Esses fenômenos fazem parte do que se entende por constitucionalização do direito, e, dando sequência às fases indicadas por Barroso (2010), chega-se à terceira e última fase da relação ao longo dos séculos entre direito civil e direito constitucional que é a constitucionalização do direito civil. Essa fase é marcada principalmente pela “passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde passa a atuar como o filtro axiológico pelo qual se deve ler o direito civil” (BARROSO, 2010, p. 369). Essa virada compreende uma via de mão dupla, no sentido de irradiação de normas do direito civil para a Constituição, ao mesmo tempo em que o Código Civil passa a ser interpretado de acordo e conjuntamente com os valores, princípios e normas constantes na Constituição³. Nesse mesmo sentido, Sarmiento (2010) elucida a virada axiológica civil-constitucional, como sendo o que se verificou, no Brasil, a partir da Constituição Democrática e Cidadã de 1988.

Nesse passo, não se tem apenas uma Constituição que abarca normas de direito civil, ou seja, uma mutação de normas de um código para

³ Barroso (2010, p. 369) lista de forma objetiva algumas das viradas axiológicas do direito civil-constitucional ao longo desse processo: “(i) a função da propriedade e do contrato; (ii) a proteção do consumidor, com reconhecimento de sua vulnerabilidade; (iii) a igualdade entre os cônjuges; (iv) a igualdade entre os filhos; (v) a boa-fé objetiva; (vi) o efetivo equilíbrio contratual. O direito de família, especialmente, passa por uma revolução, com destaque para a afetividade em prejuízo de concepções puramente formais ou patrimoniais. Passa-se a reconhecer uma pluralidade de formas de constituição da família: (i) casamento; (ii) união estável; (iii) famílias monoparentais; (iv) união homoafetiva”.

o outro. Na verdade, vai muito além disso, “trata-se, antes, da imposição de uma releitura das normas e institutos do direito privado, filtrados a partir da axiologia constitucional, diante do reconhecimento de que a Constituição não representa apenas a norma básica do Estado” (SARMENTO, 2010, p. 47). Nesse sentido, passa-se a analisar em comum com a Constituição, características civilistas de suma importância para a sociedade, “como propriedade, posse, contrato, família, etc., que devem ser reconstruídas a partir de novos pilares assentados no solo constitucional” (SARMENTO, 2010, p. 47-48).

3 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE ENQUANTO FIO CONDUTOR DAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

Conforme visto anteriormente, em razão do filtro constitucional passado em todas as relações interpessoais, a velha dicotomia existente entre o público e o privado não existe mais. Os dois institutos já não andam de forma apartada. Nesse âmbito, o interesse público tem que ser contemplado de forma diferente, a partir de critérios calcados na dignidade da pessoa humana, e, sendo assim, a efetivação dos princípios constitucionais impedirá que a pessoa humana venha a ser usada como recurso para concretizar objetivos individualistas.

Com a intenção de proteger a pessoa humana, houve a positivação dos direitos fundamentais nas Constituições, a fim de permitir a efetivação de direitos sociais e econômicos. O princípio da solidariedade passou por esse reconhecimento, tornando-se um vetor para todo o ordenamento jurídico. A Constituição Federal de 1988 determina, na qualidade dos fundamentos da República, a concepção de uma sociedade solidária. O conceito do princípio de solidariedade não se confunde com o sentido de caridade e/ou filantropia, no sentido de prestar assistência àqueles que necessitam. O sentido do princípio é baseado na solidariedade social, conforme elucidam Reis e Fontana (2011, p. 118):

Teve sua noção de assistência mútua alicerçada no século XIX, quando passou a designar uma nova maneira de pensar a relação indivíduo-sociedade, todavia não se confunde com caridade, já que o objetivo é pensar a solidariedade como veículo condutor da concretização dos direitos sociais. É por meio de uma democracia realizada solidariamente que a sociedade se encontra na sua missão social.

Para fins de definição do princípio da solidariedade, em sentido amplo, utiliza-se dos ensinamentos de Avelino (2005, p. 250), onde refere que a solidariedade se traduz no “atuar humano, de origem no sentimento de semelhança”, e que possui como objetivo maior “possibilitar a vida em sociedade, mediante respeito aos terceiros, tratando-os como se familiares o fossem; e cuja finalidade subjetiva é auto-realizar, por meio da ajuda ao próximo”.

As relações entre entes privados, por muitos anos, mantiveram-se com a presença da ideia de primazia individualista. O instituto da família, dos contratos, da propriedade e todos os demais institutos privados eram enraizados e conduzidos por objetivos extremadamente patrimonialistas e individualistas. Com o processo de constitucionalização do direito privado, há um novo paradigma a nortear as relações entre privados, que passam a ser reguladas pelo influxo direto ou indireto dos princípios e regras constitucionais, determinando-se uma repersonalização destas relações com a aplicação, especialmente, do princípio da solidariedade. Este princípio, determina, necessariamente, ver o direito do outro como o seu próprio e isto faz toda a diferença porque permite compreender as necessidades do outro como as suas próprias necessidades.

Com as relações sociais cada vez mais complexas, principalmente se analisadas sob a perspectiva do pluralismo, o que se busca na sociedade contemporânea é uma solidariedade social, onde se possa compreender as mais diversas necessidades fruto deste pluralismo.

Nesse sentido, a relação entre sociedade e Estado passaria a se dar com novos modelos de identidade e vínculos particulares de solidariedade. A solidariedade, enquanto princípio do Estado Democrático de Direito, apresenta-se atualmente de forma a humanizar as relações, solidificando a democracia na busca da concretização maior da proteção da dignidade da pessoa humana.

O princípio da solidariedade, enquanto princípio constitucional e enquanto elemento jurídico que se irradia para todos os demais do ordenamento jurídico, encontra-se em diversas passagens dos textos da lei, seja de forma expressa ou implícita. Nesse sentido, tal elemento jurídico pode ser vislumbrado em diversos textos que dizem respeito às mais diversas variações, como a solidariedade no direito de família, ambiental, da criança e do adolescente, do idoso, e em tantos outros espalhados pelo ordenamento jurídico pátrio.

Assim, a solidariedade encontra-se presente no ordenamento como elemento jurídico de hierarquia superior, e, portanto, com plena força normativa, mais especificamente no que diz respeito ao respeito à dignidade da pessoa humana.

4 A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA PARA SUSTENTAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

A hermenêutica filosófica gadameriana rompeu com todo e qualquer saber jurídico reprodutivo encontrado no uso da hermenêutica que vinha se fazendo na ciência do Direito. Na teoria de Gadamer, o positivismo jurídico e sua aplicação sofrem duras críticas – mesmo que em muitos casos o mestre alemão consiga aceitar que não há como fugir de certas aplicações de conceitos objetivos e de normas jurídicas. Isso porque, conforme ensina Streck (1999, p. 186), “a distância entre a generalidade da lei e a situação jurídica concreta que projeta cada caso particular é essencialmente insuperável”. A tarefa de aplicar a lei de acordo com cada caso concreto em uma junção de passado com o presente é marcante na hermenêutica proposta por Gadamer.

A hermenêutica tradicional/clássica, que divide a interpretação/aplicação do direito em métodos e etapas, é completamente oposta às teorias de Gadamer, que defende em sua teoria que todos os momentos interpretativos se fundem em um só e culminam instantaneamente na aplicação. Conforme revela Streck (2012, p. 467), a hermenêutica em Gadamer supera a epistemologia com a aplicação de uma fenomenologia hermenêutica, isso porque “tem-se a ruptura com qualquer possibilidade de prevalência do esquema sujeito-objeto, seja pelo paradigma metafísico-clássico, seja pelo paradigma da filosofia da consciência”. Dizer isso significa que não há ruptura ou diferenciação no momento de compreender e interpretar. Nesse sentido, é impossível por parte do intérprete absorver do texto “algo que o texto possui-em-si-mesmo” (STRECK, 2012, p. 467) de forma a reproduzir o sentido que ali está “posto”. Assim, a interpretação não realiza adequações em conceitos abstratos e universais, mas, sim, direciona-se para casos determinados, concretos, e sempre está voltada para uma situação histórica que se difere das demais (LUCAS, 2007, p. 47-48).

Para alcançar essa interpretação histórica, são importantes os pré-juízos e a pré-compreensão do intérprete, pois “eu não compreendo porque interpreto, mas, sim, interpreto porque compreendo” (STRECK, 2003,

p. 264). Assim, a importância da teoria de Gadamer⁴ está imersa no uso e na influência de sua historicidade e posição no mundo do jurista enquanto ser. Não são métodos que definem a interpretação e sim o modo de como sua forma de ser no mundo o levou a tomar aquela ou outra decisão – a resposta já é antecipada no modo de ser e da pré-compreensão do jurista. Daí a importância da essência da hermenêutica de Gadamer. Conforme afirma Fernández-Largo (1992), a compreensão do direito traz à baila não a reconstrução dos caminhos utilizados para encontrar a posição, mas sim dá sentido ao que fora decidido. Segundo o autor, “os textos legais não são dotados de um processo linear dedutivo e inexorável, mas apenas constam de possibilidades que eventualmente saltam à luz em razão das situações de quem as interroga ou reclama” (FERNÁNDEZ-LARGO, 1992).

Daí se depreende que o uso do direito de uma forma crítica não consegue ser alcançado mediante métodos e repetições de respostas que sejam supostamente universais, reproduzidas por meio de procedimentos e conceitos tidos como “corretos”. Produção em larga escala do direito, como no caso da hermenêutica obtida por um método/sistema de interpretação, será eterna refém do positivismo científico e dificilmente encontrará em suas decisões os dilemas e precariedades da sociedade vigente. A hermenêutica verdadeiramente crítica é filosófica, pois é histórica, tida por meio de experiências do ser – como nasceu o direito, segundo Stein (2004, p. 167), onde enunciados os códigos ou a própria Constituição, “opera uma historicidade e um sentido que desde sempre vêm antecipados na pré-compreensão. É dela que surge o processo de autocompreensão que sempre acompanha a compreensão de qualquer texto do direito”.

A hermenêutica linguístico-filosófica em Gadamer fez-se histórica para a hermenêutica porque rompe com concepções metafísicas e práticas de produção de conceitos e busca por verdades que em tese possam ser “corretas”. O filósofo alemão acreditava em uma forma de compreender o mundo por intermédio do modo prático de ser-no-mundo, perpassando a compreensão a partir da historicidade e posição no mundo, pois não acreditava que o encontro com a interpretação deveria ser neutra, mas sim um encontro do próprio ser com a sua historicidade.

Nesse contexto, a hermenêutica filosófica possibilita que o intérprete levante a realidade social no processo interpretativo de acordo com o caso concreto. Diante do Estado de Direito atual, o que se necessita é

⁴ Sob o manto da teoria de Martin Heidegger.

o reconhecimento do estado das coisas para solução de conflitos. Nessa perspectiva, ao tentar ligar a hermenêutica filosófica ao reconhecimento efetivo do princípio da solidariedade, tem-se que o intérprete deva recepcioná-la, “por meio de uma hermenêutica que possibilite avaliar o caso em concreto, com todas as peculiaridades sociais que o cercam” (FARIA; FONTANA, 2011, p. 251).

Assim, seria possível o enfrentamento da solidariedade no Estado, seja no âmbito da sociedade como um todo, seja no enfrentamento da questão por parte do Judiciário. Somente assim seria possível fomentar a busca por uma sociedade mais solidária, não apenas no que diz respeito ao social, mas na efetividade dos demais direitos.

Realizar a jurisdição nesse sentido é interpretar qualquer conflito de acordo com os vieses constitucionais. Assim, garante-se a aplicação e a efetivação do princípio constitucional da solidariedade, o que fomenta ainda mais a garantia de outros direitos, políticas e objetivos do ordenamento jurídico brasileiro.

5 CONCLUSÃO

Todos os fundamentos constitucionais abarcados pela Magna Carta de 1988, na seara de algum conflito ou não, são capazes de tomar corpo efetivo quando aliados a fundamentos hermenêuticos contemporâneos. A hermenêutica clássica, enraizada em elementos positivistas, parece carcer de elementos transformadores da realidade social. Nesse sentido, a hermenêutica filosófica torna-se capaz de buscar a justiça social e a verdade por meio dos elementos de pré-compreensão do intérprete.

Assim, a partir das novas normas festejadas pela Constituição, e também com o advento do fenômeno da constitucionalização do direito privado, onde as normas privadas devem estar em conformidade com a lei maior, e o processo interpretativo deve levar ambas lado a lado em um conflito entre particulares. E é nesse âmbito que o princípio da solidariedade deve estar sempre presente, com atribuição do seu verdadeiro sentido e fazendo parte da pré-compreensão do intérprete, que a sustentará nesse processo.

Por fim, ressalta-se que ao princípio da solidariedade deve haver mais atenção por parte dos juristas e dos intérpretes, visto tratar-se de um princípio que se irradia para todos os demais âmbitos do ordenamento e que ainda não tem a relevância que necessita na academia brasileira.

REFERÊNCIAS

ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: a teoria da autonomia – titularidades e direitos reais nos fractais do direito civil-constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

AVELINO, Pedro Buck. Princípios da solidariedade: imbricações históricas e sua inserção na Constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, RT, n. 53, out./dez. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. Coimbra: Centelha, 1981.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Trad. Jeferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fonte, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2004.

_____. *Verdade e método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIA, Joseane Petry; FONTANA, Eliane. Hermenêutica filosófica e o princípio da solidariedade: alguns apontamentos In: REIS, Jorge Renato dos; GORCZEWSKI, Clovis (Orgs.). *Constitucionalismo Contemporâneo: desafios modernos*. Curitiba: Multideia, 2011.

FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. *Hermenêutica jurídica: en torno a la hermenéutica de Hans-Georg Gadamer*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1992.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In: FIUZA, César; SÁ, Maria Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Orgs.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 197-217.

_____. O Princípio Constitucional da Solidariedade nas Relações de Família. In: CONRADO, M.; PINHEIRO, R. F. (Coords.). *Direito Privado e Constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio*. Curitiba: Juruá, 2009.

LUCAS, Douglas Cesar. Hermenêutica filosófica e os limites do acontecer do direito. In: _____ et al. *Olhares hermenêuticos sobre o direito em busca de sentido para os caminhos do jurista*. Ijuí: Unijuí, 2007.

Constitucionalização do direito privado: algumas considerações para análise. (Texto não publicado, cedido pelo autor), 2015.

REIS, Jorge Renato dos; FONTANA, Eliane. A hermenêutica filosófica e o princípio da solidariedade como sustentáculos dos direitos fundamentais e sociais. In: MOZETIC, Vinícius Almada; RESINA, Judith Solé (Orgs.). *Reflexões e dimensões do direito: uma cooperação internacional entre Brasil e Espanha*. Curitiba: Multideia, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, mínimo existencial e direito privado. In: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca (Orgs.). *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

_____. *Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. *Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir da Ontological Turn. Anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Verdade e consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES INTERPRIVADAS: A (IN)TENSIVA CORRELAÇÃO ENTRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A AUTONOMIA DA VONTADE

Gustavo Alberto Schneider

Mestre do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas - UFPEL. Especialista em Direito Previdenciário e Educação no Ensino Superior pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus - FDDJ. Integrante dos grupos de estudos coordenados pelo Prof. Dr. Rogério Gesta Leal e Prof. Dr. Janriê Rodrigues Reck, da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Servidor Público Federal do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Sul-riograndense - IFSUL. Professor de Ética, Cidadania e Legislação no Instituto de Educação São José. Advogado.

Contato: gustavoshz@ifsul.edu.br

Fernando Roberto Schnorr Alves

Advogado, Mestre do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bolsista CAPES. Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Membro do Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional - instrumentos teóricos e práticos, vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Dr^a Mônia Clarissa Hennig Leal.

Contato: fernandorsalves@hotmail.com.

Resumo:

O presente artigo tem por escopo realizar uma abordagem investigativa das novas proposições envolvendo a eficácia dos direitos fundamentais em face as relações entre particulares, inseridos num contexto contemporâneo de busca pela máxima efetividade e primazia da força normativa da Constituição, donde as relações privadas, antes distanciadas da ótica constitucional, hoje veem-se pautadas pela necessária observância dos preceitos encartados em nossa Lei Maior. Por certo, abrem-se os caminhos para a assunção de um novo paradigma do Direito Civil e a realização do Estado Democrático de Direito, sem, contudo, apresentar-se como um caminho fácil de trilhar. Em verdade, na contramão dessa tese, tem-se que a complexa gama de valores e preceitos éticos e morais encartados em nossa Constituição podem se contrapor em diversos momentos no caso concreto, ensejando enormes dificuldades de resolução das "crises" do fenômeno jurídico (sejam por motivos de fundamentação e legitimidade ou mesmo na construção da hermenêutica constitucional), de modo que se dedicarão olhares, nessa linha, aos institutos envolvendo a (in)tensa correlação entre a Dignidade da Pessoa Humana e a Autonomia da Vontade dos cidadãos. Assim, ao adentrar-se nessa complexa problemática, é que se procurará engendrar a proposição de constructos teóricos capazes de bem acomodar tais esferas valorativas (como o caso da ponderação), tão basilares a construção de um Estado de Direito, para que assim, se vislumbre a realização da máxima efetividade constitucional dos Direitos Fundamentais contidos no cerne das relações sociais contemporâneas.

Palavras-chave: Eficácia horizontal. Direitos fundamentais. Dignidade da pessoa humana. Autonomia da vontade.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No momento em que se adentra a seara investigativa do fenômeno jurídico em seu viés contemporâneo, mormente em face ao estudo das relações entre particulares frente aos novos desafios impostos às sociedades ditas pós-modernas¹, é que se engendram as propostas da presente investigação, de modo que serão confrontados certos institutos considerados essenciais ao desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, quais sejam: A tutela da “Dignidade da Pessoa Humana” (como arcabouço axiológico, ético e normativo de valores e conteúdos morais compartilhados por determinadas comunidades), em contraponto à proteção e ao resguardo da “Autonomia Privada” com respeito à vontade dos indivíduos, que, como fins em si mesmos, visam a realização dos seus projetos pessoais e a preservação de suas preferências e escolhas, sem interferências externas ilegítimas, com vistas à emancipação do ser humano em suas individualidades.

Assim, considerando a desafiadora tarefa de acomodação desses elementos tão caros e indispensáveis ao Estado Democrático, mormente nesta quadra da história (de efetivo protagonismo e centralização dos textos constitucionais), é que se procurará compreender acerca das delicadas imbricações que permeiam a (in)tensa correlação teórico-pragmática da necessária irradiação da dignidade da pessoa humana (como “superprincípio” atuante em todos os campos do fenômeno jurídico, mormente no contexto civil das relações interprivadas) em contraponto ao pleno exercício da “autonomia da vontade”. Com isso, busca-se o enfrentamento de possíveis abusos e desvirtuamentos da própria fundamentabilidade dos direitos fundamentais, que podem recair na “funcionalização das relações jurídicas” e ao cerceamento da referida autonomia privada, tão essencial ao bem viver humano (como há tempos já asseverou o filósofo prussiano Immanuel Kant)².

¹ O chamado paradigma da pós-modernidade, compreende a substituição do Código Civil pela Constituição Federal no centro da estatuição jurídica da sociedade civil; a humanização do indivíduo, que passa a ser titular de novos direitos e deveres; o pluralismo das fontes e soluções no interior do mesmo sistema [...]. Enfim, a superação da ideia do direito como sistema hierárquico, e sua substituição por microsistemas jurídicos, implicando a retomada da razão prática e do saber pragmático na realização do Direito (AMARAL, 2004, p. 55).

² “L'autonomie de la volonté est le principe unique de toutes les lois Morales et des devoirs” (KANT, 1949, p. 33). Ademais, para Kant, todos os demais direitos estão abrangidos pelo direito de liberdade, que cabe a todo homem em virtude de sua própria humanidade, devendo encontrar-se limitado, tão somente, pela liberdade coexistente dos demais homens (SARLET, 2007, p. 44).

Desta modo, propõe-se ao enfrentamento da temática a viabilidade de um maior amadurecimento da questão, a ser realizado em diferentes momentos, a saber: i) Inicialmente, cumpre tecer uma breve análise teórica acerca do recente papel de protagonismo e máxima efetividade dos direitos fundamentais, com ênfase na sua concepção “horizontal” de concretização normativa e interpretativa do ordenamento jurídico, influenciando categoricamente nas relações interprivadas; ii) A compreensão teórica dos elementos constitutivos da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade, lançando mão dos estudos mais aprofundados que se tem até o momento acerca desses institutos; iii) Por fim, buscar-se-á a inserção, no caso prático, da possibilidade de aplicação da ponderação, a fim de extrair respostas mais adequadas e que se alinhem aos ditames de um Estado constitucional contemporâneo, com ênfase, assim, na revitalização das relações jurídicas envolvendo particulares no seio das sociedades civis.

2 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DO CARÁTER VERTICAL E HORIZONTAL

Em plena égide da eclosão do fenômeno do constitucionalismo contemporâneo, donde os direitos fundamentais vieram a assumir a efetiva posição jurídica de “epicentro axiológico” das ordens normativas vigentes, mormente após a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), impondo sua eficácia de forma soberana, direta e irradiante a todo o ordenamento, é que se impõe a efetiva transformação de todo o Direito (e nesse contexto, do próprio direito civil), que agora orbita em torno deste “eixo gravitacional” de valores constitucionais (PERLINGIERI, 2008), e não mais se contenta em arraigar a sua fundamentação e interpretação fundada em construções teóricas defasadas (como se propunham, *v.g.*, as rígidas concepções dicotômicas do jusnaturalismo e do positivismo, que por seu caráter eminentemente “metafísico”, em pouco ou nada acrescentam na compreensão das complexas arquiteturas sociais contemporâneas³.

Desta feita, a fim de bem compreender o caminho teórico desenvolvido até se chegar as bem elaboradas concepções acerca da proposição eficaz “material” e irradiante de direitos fundamentais; da preponderância

³ Nas suas versões mais radicais, tanto o positivismo, que preconiza absoluto distanciamento entre o Direito e a Moral, bem como o jusnaturalismo, que funde totalmente estes dois planos, alicerçando o Direito em valores transcendentais, universais, que pairam acima da história e das culturas, encontram-se em franco descrédito (SARMENTO, 2004, p. 143-144).

dos conteúdos que envolvem a dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade, cumpre lançar-se um breve olhar ao desenvolvimento histórico-temporal do próprio fenômeno jurídico através dos tempos, visto que, para adquirir esse elevado grau de amadurecimento (que, inclusive, deu nova leitura a teoria constitucional contemporânea)⁴, é que se delineou o avançar em certas concepções políticas e jurídico-constitucionais, que diga-se, revitalizaram (e ainda buscam revitalizar) todas as demais categorias do Direito (como o direito civil), em detrimento dos insuficientes paradigmas epistemológicos clássicos de análise do fenômeno jurídico.

Sob essa ótica é que se destacam, para o presente trabalho, os efeitos do fenômeno da “constitucionalização do direito privado” (ou seja, da interpenetração dos princípios jurídicos constitucionais na seara das relações interprivadas)⁵, de modo que essas mesmas relações acabam por vivenciar substanciais transformações, mormente pelo seu tradicional desenvolvimento histórico sempre tão apartado da esfera constitucional em termos teórico-constitutivo (conforme veremos adiante), e que agora vem a aproximar-se, categoricamente, formatando uma construção aglutinada entre a ordem civil e constitucional, promovendo a unicidade normativa e axiológica das estruturas jurídicas modernas, e alinhando-se, por certo, ao pensamento constitucional contemporâneo.

Desta feita, ao partir da breve análise histórica, convém perceber que os direitos fundamentais, hoje epicentro das relações jurídicas, encontraram sua primeira delimitação conceitual através dos ideais iluministas, com fulcro nas proposições liberais-burguesas do século XVIII, em vista a uma preocupação quase exclusiva de proteção a autonomia dos cidadãos (mormente pela necessidade de proteção à propriedade privada e aos diversos interesses econômico-mercantis que emergiram à época com a ascensão da classe burguesa ao poder). Cumpre ressaltar, nesse interregno, que o produto desse

⁴ A história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. Neste contexto, há que se dar razão aos que ponderam ser a história dos direitos fundamentais, de certa forma, também a história da limitação do poder (SARLET, 2007, p. 39).

⁵ É importante recordar, no momento, acerca da substancial diferença entre “constitucionalização” e “publicização do direito civil. Este refere-se à capacidade de intervenção do Estado, normativamente, com vistas à concretização material da igualdade. Já aquele desdobra-se na submissão do ordenamento jurídico às proposições dos direitos fundamentais, que devem irradiar-se pelo emaranhado jurídico existente (LORENZETTI, 1998, p. 221).

marco histórico fora a consagração dos chamados direitos fundamentais de 1ª dimensão⁶, com ênfase naquelas proposições que se desdobram da própria preservação da autonomia (econômica) dos cidadãos (tais como a consagração do direito de contratar, ter propriedade, escolher, negociar; ou os consagrados dogmas, como o *pacta sunt servanda*, apenas para citar alguns). Nesse sentido, vale lembrar que “O Estado era visto como um adversário da liberdade, e por isso cumpria limitá-lo, em prol da garantia dos direitos do homem. [...] Esta era a engenharia institucional do Estado Liberal, que tinha como telos a ‘liberdade individual’” (SARMENTO, 2004, p. 23).

Assim, inseridos neste “Paradigma Liberal” do Estado formal-burguês, a Carta Constitucional não vinha a possuir qualquer ingerência na forma como se desenvolviam as relações jurídicas privadas (cabendo, tão somente, a sua defesa perante eventuais interferências estatais). Tais relações, diga-se, ficavam adstritas à regulação em torno das específicas disposições do Código Civil, que, diga-se, como bem destacara Sarmento (2004, p. 133), encontrou nesse período “um patamar de elaboração científica muito maior do que o próprio Direito Público, cujas bases teóricas ainda estavam sendo firmadas”.

Com relação à autonomia da vontade, porém, a despeito de seu caráter de ampla supremacia nesse período, é importante que se diga que seu desenvolvimento fático era visivelmente precarizado, pois estava adstrita, na verdade, a uma “ilusão” teórica de igualdade formal, onde uma pequena parcela de detentores de “privilégios” econômicos e sociais eram capazes de vislumbrar o seu autodesenvolvimento. A grande massa da população, no entanto, encontrava-se num verdadeiro “obscurismo intelectual e econômico”, que aprisionava veladamente qualquer formatação de um ideal de liberdade mais digno, justo e materializado (tal como se preconiza hodiernamente)⁷.

⁶ Sabe-se que os direitos fundamentais passaram a se manifestar na ordem institucional há, pelo menos, três gerações, embasados no ideário iluminista “*Liberté, égalité, fraternité*”. Não obstante, o termo “geração” não guarda unanimidade, havendo autores que o tratam como “dimensão”, por entender a ausência de qualquer sobreposição geracional de direitos através dos tempos (SARLET, 2007, p. 50).

⁷ Tal período se resume à famosa frase de Proudhon, oportunamente citado por Sarmento (2004, p. 31): “*Où est la liberté du non propriétaire* (Onde está a liberdade do não proprietário?)”. Era preciso avançar, um ir-além, para aprofundar a luta por valores humanitários latentes do iluminismo. Destacam-se, ainda, as concepções do filósofo contemporâneo John Rawls (1995, p. 31), que embasou toda sua teoria de um *direito justo* pelo primado do desenvolvimento das “necessidades básicas” de qualquer cidadão que queira usufruir de verdadeira liberdade. Para o referido autor: “*El primer principio, que abarca los derechos*

Assim, com o resultado dessa concepção, tem-se o advento dos devastadores impactos sociais e os graves problemas econômicos gerados com as liberalidades econômicas desregradadas, em razão da crise instaurada pelo falho modelo de formulação do Estado liberal essencialmente absenteísta. Como consequência disto, vislumbrou-se, a partir do século XIX, a assunção de novos caminhos, a compreensão do papel dos direitos fundamentais, vez que careciam, efetivamente, de consagração em seu viés material, em detrimento do mero reconhecimento formal proporcionado pelo paradigma liberal. Foram lançadas, assim, as bases para a adoção do chamado paradigma social do Estado (gerando efeitos imediatos na seara constitucional, e igualmente, no campo do direito civil):

Com o surgimento do Estado Social, multiplicou-se a intervenção do legislador no campo privado, assim como a edição de normas de ordem pública que limitavam a autonomia da vontade dos sujeitos de direito em prol dos interesses coletivos. A Constituição se projetou na ordem civil, disciplinado a econômica e o mercado, consagrando valores solidários, além de direitos diretamente oponíveis a atores privados. (SARMENTO, 2004, p. 69)

O chamado “Paradigma Social” trouxe, por certo, elementos agregadores e indiscutivelmente vanguardistas à formatação das relações que se alicerçavam nesse período (o próprio surgimento da 2ª dimensão de direitos fundamentais e o caráter “proativo” do Estado são conquistas seguramente comemoradas até os dias de hoje), e que influenciaram, categoricamente, as relações privadas, mormente pela assunção de que o Estado teria, de fato, uma possibilidade de ingerir-se conjuntamente a esse campo do Direito (tão autônomo e independente em sua formação até aquele momento).

No entanto, criou-se, infelizmente, um enorme obstáculo teórico com a assunção hermenêutica de que as proposições constitucionais que viriam a atingir a esfera jurídico-privada dos cidadãos seriam, em verdade, “meros programas políticos, desvestidos de eficácia jurídica imediata, que careceriam sempre da mediação do Estado e do legislador para a produção de seus efeitos” (SARMENTO, 2004, p. 69). Nesse sentido, oportunamente, destacam-se as palavras de Reis (2008, p. 2.033):

libertades iguales para todos, bien puede ir precedido de un principio que anteceda su formulación, el cual exija que las necesidades básicas de los ciudadanos sean satisfechas, cuando menos en la medida en su satisfacción es necesaria para que los ciudadanos entiendan y puedan ejercer fructíferamente esos derechos y esas libertades.”

Partindo-se dos direitos de limitação, exigência do Estado ainda liberal/individualista no nascedouro dos direitos fundamentais, até os dias de hoje, de um Estado com uma efetiva interligação com o ente privado, houve uma trajetória percorrida por estes direitos, quando tiveram que superar a crença de uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia ou aplicabilidade direta e imediata.

Ou seja, vê-se a perigosa armadilha em que recaiu a teoria jurídica constitucional durante muitas décadas, vez que tal compreensão interpretativa de inaplicabilidade pragmática restringiu vertiginosamente o “caráter eficaz” das normas constitucionais em sede de direito privado, de modo que tais relações mantiveram-se apartadas da proteção constitucional, o que não se coadunou, efetivamente, com a proposta de um Estado Constitucional de Direito, que se pretendia concretizador dos ideais de igualdade, de proteção contra excessos e violações de direito, bem como de garantia e resguardo à autonomia dos cidadãos.

Cumpra lembrar, por oportuno, que o desrespeito aos ditames normativos fundamentais nunca se restringiu as “mãos do Estado”; sendo os particulares também atores sociais capazes de atentar contra esfera de Direitos de outros particulares, de modo que a teoria jurídico-constitucional precisou acomodar essas situações, visto que se propôs dar máxima efetividade as proposições constitucionais em seu viés contemporâneo.

Nesse sentido, oportunas as palavras de Hesse, para quem deve haver, hodiernamente, um efetivo anseio pela efetividade do texto constitucional, que possui verdadeira “força normativa” (2008, p. 6). Assim propõe esse papel de protagonismo das disposições constitucionais sob pena de i) não termos um texto constitucional que corresponda à efetividade da verdade prática, moral e social da sociedade que ela mesmo anseia regular (ou seja, viveríamos numa “ilusão normativa”, distanciados da realidade, o que, ao nosso ver, não pode ser a posição do Direito contemporâneo; ii) os conteúdos ali expostos não passariam, assim, de meras diretrizes, esvaziadas de objetividade.

Desta forma, ao propor a filiação a um novo “paradigma constitucional”, que não se contenta mais com os enfoques meramente liberais e sociais (apesar de reconhecer seus inegáveis avanços na compreensão do fenômeno jurídico), é que se percebe a interpenetração e o protagonismo dos direitos fundamentais, refletindo-se, invariavelmente, nesse entendimento, um “caráter multifacetado” do plano eficaz desses direitos, que,

de um lado, tem a função de influenciar na distribuição do poder e na realização da igualdade material entre Estado-sociedade, e agora, de outro lado, devem se fazer presentes na regulação daquelas relações que antes estavam restritas ao âmbito particular-particular. Desdobram-se, destas conclusões, os multifacetados efeitos dos direitos fundamentais em sua matriz contemporânea, sendo assim investigados, dogmaticamente, pelo (a) Caráter de Eficácia “Vertical” e pelo (b) Caráter de Eficácia “Horizontal” (com ênfase neste último, em razão do “embrionário” desenvolvimento teórico, mormente no caso brasileiro).

Em um primeiro momento, ao tratar acerca da chamada eficácia “vertical”, tem-se que ela se refere à limitação da atuação dos governantes em favor dos governados. Constitui-se, assim, como proteção às liberdades individuais em um mecanismo de efetiva defesa à ingerência estatal na vida privada (SARMENTO, 2006, p. 27). Destarte, desde a adoção do paradigma liberal, e após a passagem do paradigma social, construiu-se um núcleo cada vez mais elaborado de uma “esfera essencial de direitos subjetivos”, dos quais o poder público vem a assumir deveres, quais sejam: 1) de resguardar direitos, mediante sua não interferência; e 2) de garantir, por intermédio da realização material dos direitos (pela formulação, *v.g.*, de políticas públicas), que serviriam para correção das desigualdades e distribuição de bens que não se encontram acessíveis a todos os cidadãos, indistintamente (ainda que idealmente assim o deversem ser)⁸.

Já a eficácia horizontal (*Drittwirkung*) é o desdobramento de uma maior efetividade do texto constitucional e fruto de um avanço incommensurável em relação às proposições constitucionais em face da sua efetividade. Parece-nos, por certo, que o grande avanço proporcionado por essa ótica eficaz horizontal dos direitos fundamentais é retirar a exclusividade de concretização desses direitos da titularidade única do Estado, para atribuir aos particulares o *status* de iguais atores na promoção desses elementos tão basilares à construção de um Estado mais digno, justo e solidário:

⁸ Acerca da significação dos direitos fundamentais frente ao Estado, fazem-se oportunas as palavras de Sarlet, para quem “é possível falar em ‘dupla significação’ de eficácia de direitos fundamentais. De acordo com o critério formal, os detentores do poder formalmente considerados se encontram obrigados por esses direitos [...] Ademais, do efeito vinculante inerente ao art. 5º, § 1º, da CF decorre, em sentido negativo, que direitos fundamentais não se encontram em disponibilidade dos poderes públicos, ressaltando-se, numa concepção positiva, os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer para realizar direitos fundamentais” (SARLET, 2007, p. 382-383).

Ganhou alento a percepção de que os direitos fundamentais possuem uma feição que não somente obriga o Estado a respeitá-los, mas que também o força a fazê-los respeitados pelos próprios indivíduos, nas suas relações entre si. [...]. O discurso majoritário adere ao postulado de que as normas sobre direitos fundamentais apresentam um comando de proteção, que obriga ao Estado impedir que tais direitos sejam vulnerados nas relações privadas. [...] O debate passa a se desenrolar em torno do cotejo dos diferentes direitos fundamentais com as exigências da autonomia privada. (MENDES, 2007, p. 265)

Desta forma, toma-se consciência de que o indivíduo não possui apenas direitos e garantias de defesa contra ingerências do seu “núcleo existencial de direitos”, mas, sim, é também titular de deveres para com seus semelhantes, na construção de um ideal de solidariedade e dignidade (o que pressupõe, por certo, um indivíduo emancipado, capaz de “descentrar-se do individualismo”) a ponto de ver limitada sua autonomia em favor daqueles que se encontram em posições diametralmente desiguais no contexto da tessitura social.

Assim, com a efetivação desses modelos de irradiação dos direitos fundamentais, verifica-se a possibilidade de transcendentalidade do fenômeno jurídico, a fim de revitalizar as relações privadas contemporâneas, com intuito de operar modificações substanciais no dia a dia do Direito, de modo que se vislumbre uma nova *praxis* jurídica, em todas as suas esferas de atuação, e a todo momento, não ficando adstritos apenas à resolução das “crises” do ordenamento (SARMENTO, 2004, p. 155). Infelizmente, há ainda, conforme Sarmento (2004, p. 70), aqueles que defendem os “perigos” de uma inserção das proposições constitucionais no cerne da atividade privada, visto que se preocupam com uma espécie de “colonização” deste ramo do Direito pela Constituição, sob argumentos que permeiam a insegurança jurídica e os inadmissíveis sacrifícios à autonomia privada.

Justamente no embate a essas posições, e considerando que o próprio paradigma liberal já demonstrou que a atuação desenfreada do atomismo humano exacerbado (autonomia absoluta), desconectado de valores solidários, está fadada ao fracasso, é que se buscará clarificar os efeitos positivos da irradiação da dignidade humana como mecanismo de otimização do direito privado (sem deixar de reconhecer o equilíbrio necessário com a preservação da autonomia). Sendo assim, passa-se à

compreensão desses institutos, a fim de lograr mais esclarecimentos em face da problemática imposta.

3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E AUTONOMIA DA VONTADE: ASPECTOS TEÓRICO-CONSTITUTIVOS

A concepção de que os cidadãos pertencentes às sociedades contemporâneas sejam titulares de uma intrínseca “dignidade humana”⁹ parece ser, tranquilamente, uma afirmação que beira o “senso comum teórico” dos dias atuais. Não há dúvidas, no entanto, de que em razão de sua intrínseca carga de indeterminabilidade substantiva vem a desafiar juristas e filósofos do Direito a desenvolverem contínuas construções teóricas capazes de dar conta das diversas acepções que pretendem se acomodar substancialmente nos espaços cabíveis dentro do referido signo “dignidade humana”¹⁰. Ademais, cumpre reconhecer, desde logo, que, por seu caráter difuso e multifacetado, o termo transita com certa facilidade pelos campos da Filosofia, da Ética, da Moral, da Antropologia, da Política e do Direito:

A dificuldade decorre do fato de se tratar de conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por uma ambiguidade e pela natureza essencialmente polissêmica. Ademais, uma das principais dificuldades é que a dignidade da pessoa, em sentido contrário ao que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não consiste em aspectos mais ou menos específicos da existência humana (intimidade, vida, propriedade, etc.). Mas, na verdade, uma qualidade inerente a todo ser humano, de maneira que a dignidade passou a ser definida como constituição do valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que não contribui para uma abordagem efetiva de proteção da dignidade. (SARLET, 2013, p. 17)

⁹ “After all, there would seem to be kind of platitudinous kinship between ‘human rights’ and ‘human dignity’: it is impossible to be against either or to explain in any kind of satisfactorily specific sense what they mean.” (GEARTY, 2004, p. 84-85)

¹⁰ “O princípio da dignidade ainda vive um momento de “elaboração” doutrinária e de busca de maior densidade jurídica, procurando estabelecer os contornos de uma objetividade possível, que permita ao princípio transitar de sua dimensão ética e abstrata para motivações racionais [...] Essa busca de objetividade do princípio da dignidade da pessoa humana determina que possua um conteúdo jurídico que possa lhe associar e coordenar os direitos fundamentais, a fim de estabelecer um norteamento axiológico a todo o ordenamento jurídico.” (REIS, 2007, p. 2.036)

A dignidade da pessoa humana, no viés atual, por seu caráter intrínseco e inerente ao ser humano, é vista como um “superprincípio” da esfera jurídica, vindo a ocupar o topo da pirâmide axiológica e normativa dos ordenamentos contemporâneos, visando conferir verdadeira unidade e racionalidade constitutiva a todo sistema jurídico. Ademais, tais constructos teóricos que circundam o conceito de dignidade acabam, por óbvio, a irradiar seus efeitos para o cerne das relações intersubjetivas. Assim, justamente por ser o “valor-guia”, não só os direitos fundamentais, como para toda a ordem constitucional (SARLET, 2003, p. 115), devendo se coadunar como referencial para a interpretação e aplicação do Direito (como fundamento de sua legitimidade), bem como para a dedução de outros direitos fundamentais também decorrentes.

Assim, inobstante o seu caráter de reconhecido grau de indeterminabilidade, o princípio da dignidade da pessoa humana não deixa de ser, indubitavelmente, um critério balizador de integração do contexto social, e, portanto, deve sempre servir como um efetivo limitador do “livre-arbítrio” dos seres humanos (em contraponto à absoluta autonomia). O próprio pensamento kantiano, que pela leitura de Weber, parece bem assimilar essa possibilidade, consoante a preocupação já reconhecida que o filósofo prussiano vislumbrara acerca da necessária proteção da dignidade humana:

Considerando que para Kant não há dignidade sem autonomia e que só há autonomia quando o sujeito se submete. No entanto, ao contrário do que parecer à primeira vista, a ética kantiana não admite a possibilidade de perda da dignidade, afinal, para ele, **a dignidade é um valor absoluto, incondicional e intrínseco ao ser humano (este é um fim em si mesmo). Desse modo, ela não pode ser perdida [...].** [Grifo nosso.] (WEBER, 2009, p. 238)

Inobstante, a fim de produzir interações entre o campo da dignidade humana no contexto do fenômeno jurídico, aventa-se necessário, nesse ponto, um momentâneo afastamento da dimensão “ontológica” que a dignidade apresenta, a fim de enveredar-se para o que se desenvolveu como conceito deste termo na esfera “jurídica”, para que, então, possa ser contraposta aos ditames da autonomia da vontade com vista à resolução de *hard cases* (pela ponderação), a fim de aprimorar o agir/produzir do Direito em seu cotidiano.

Assim, transcendendo o caráter filosófico-metafísico, cultural e axiológico do próprio signo da “dignidade” (sem negar, por óbvio, a relevância

do estudo por intermédio desses campos do saber), é que se dedica atenção especial à formatação de um conceito formatado nos ditames da concepção jurídica, da qual nos filiamos, à construção de Sarlet (2010, p. 70), que assim dispõe:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Assim, aproximando-se de um viés jurídico, percebe-se que a dignidade humana busca abarcar possíveis “acordos mínimos” dentre os planos de vida de cidadãos com naturais concepções plurais acerca do mundo e das melhores formas para se viver. Sua relevância é tão inquestionável, que, na seara jurídica, é possível delimitar alguns pontos interessantes sobre sua formatação, quais sejam: 1) Preliminarmente, cumpre reconhecer o caráter positivo da dignidade da pessoa humana, que, de forma inédita, fora prevista expressamente na CF/88 (no campo dos “princípios fundamentais” do Estado brasileiro); 2) Apesar de sua vinculação filosófica aos ditames de um princípio moral, é necessário reconhecer a dignidade como “núcleo axiológico central” e irradiante ao ordenamento jurídico pátrio; 3) No contexto da complexa teoria de Alexy (2008, p. 113-114), a dignidade vem a portar-se tanto como princípio como por regra jurídica, sendo reconhecido pelo autor que essa abertura semântica do termo consubstancia-se em uma garantia fundada em razões quase que inafastáveis para quaisquer outros princípios que igualmente pretendam lançar seus fundamentos na ordem jurídica.

Após esta sucinta abordagem teórico-constitutiva da dignidade humana, é que se passam a engendrar as concepções acerca da autonomia da vontade, outro relevante instrumento inerente ao ser humano e capaz de, em certos momentos, ser elemento inafastável da devida ponderação, em face das proposições da própria dignidade humana (sem deixar, contudo, de com ela relacionar-se, vez que não há qualquer possibilidade de

plena exclusão de uma ou de outra, em virtude de um efetivo caráter de interdependência). Resta saber, preliminarmente, se estamos falando, ao tratar da autonomia da vontade, mormente sob a ótica jurídica, de um instituto tão relevante e efetivamente protegido na seara valorativa constitucional, nos mesmos moldes como vislumbrou-se a própria dignidade da pessoa humana.

Assim, passa-se a contemplar a formação teórica e constitutiva da autonomia da vontade, de modo que, muito similar à questão envolvendo a dignidade da pessoa humana, tem-se na sua formatação conceitual o desdobramento de um verdadeiro *standard* normativo igualmente capaz de ensejar a influência de inúmeros outros direitos fundamentais, conforme a necessidade de proteção do indivíduo frente às ingerências ilegítimas e desabonadoras, tanto por parte do Estado (por intermédio de aplicação de outros direitos fundamentais, quanto dos próprios particulares (nas suas relações privadas).

Sustenta-se, também, doutrinariamente, um caráter intersubjetivo da dignidade da pessoa humana, ou seja, na relação da pessoa humana com as demais pessoas que com ela se relacionam no seu ambiente social, onde predomina a ação dos particulares. (REIS, 2007, p. 2.033)

Vale lembrar que a autonomia, a seu turno, está intimamente conectada, num viés filosófico e ontológico, à capacidade de “autodeterminação” dos indivíduos, apresentando-se como o fundamento primordial do livre-arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria racionalidade, o ideal de viver e ter uma vida boa (BARROSO, 2013, p. 81). Mais uma vez, em Kant, é que se encontra o corolário para a necessária preservação da autonomia dos indivíduos como elemento indissociado de sua natureza humana racional:

Na “*fundamentação da Metafísica dos Costumes*”, o filósofo prussiano sustenta que a autonomia da vontade é o fundamento da dignidade da natureza humana. A vontade é compreendida como faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas Leis, faculdade esta que é encontrada apenas nos seres racionais. [...]. Somente a razão que se dá à própria Lei e que pode querer que a máxima de suas ações se converta em Lei universal tem autonomia, isto é, liberdade. [Grifado no original.] (CORDEIRO, 2012, p. 64-65)

A fim de tecer a devida conceituação teórica do conceito, e já aproximando os elementos jurídicos envolvidos, cumpre trazer as oportunas palavras de Reis, que oportunamente delimita o campo jurídico conceitual ocupado pela “autonomia privada” no cerne das relações jurídicas, inclusive reconhecendo o caráter categorizado dogmaticamente e que merece o devido aprofundamento teórico; senão vejamos:

A expressão autonomia privada engloba duplo sentido: a) a autonomia privada que significa unicamente a “autonomia negocial” ou a autonomia privada patrimonial, que possui o seu significado tradicional, ou seja, a liberdade de negociar, de escolher o outro contratante [...] b) a autonomia privada não patrimonial, que é aquela ligada à proteção da dignidade humana, onde a pessoa é livre para escolher e fiscalizar seus governantes como pressupostos da democracia, é autônoma para tomar suas próprias decisões com relação à sua vida, é livre para estabelecer suas relações intersubjetivas, é livre, enfim, para escolher como quer viver. (REIS, 2007, p. 2.044)

Ou seja, reconhece-se, desde logo, um caráter “dupla face” da autonomia em seu viés pragmático, podendo abarcar tanto a liberdade negocial e econômica (como a autonomia para celebração de contratos, negócios jurídicos, disposição do patrimônio), como a autonomia não patrimonial (intimamente conectada aos próprios ditames da dignidade e da democracia, tais como a preservação da autonomia política, ética e moral), que na busca pelo preservar o direito à “livre escolha do bem viver dos indivíduos”, garante o arbítrio de direcionar-se pelos vários caminhos e escolhas que a vida acaba por oferecer.

Ademais, analisando-se desse ponto de vista dogmático-normativo, a proteção à autonomia da vontade, em quaisquer de seus desdobramentos, não vislumbrou, ao contrário da dignidade humana, a sua “positivação expressa” junto à Carta Magna. Não obstante, em face do reconhecido caráter de não exaustividade do catálogo de direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 92), ou seja, pelo sentido de abertura material do texto constitucional, é que se preconiza, indubitavelmente, o *status* da autonomia privada como verdadeira norma axiológica inerente ao núcleo de direitos resguardados na Constituição:

Na Constituição Brasileira, a autonomia da vontade pode ser facilmente verificada na leitura e na interpretação da Constituição. É, na verdade, um dos princípios mais presentes no texto fundamental, podendo ser extraído de várias normas constitucionais, como, por exemplo, do princípio da livre-iniciativa (CF, arts. 1º, IV e 170,

caput), o que determina sua interpretação como de elevado peso na ordem constitucional, mormente no que se refere às relações interprivadas contratuais. Pode-se assim afirmar que a autonomia privada é um direito fundamental constitucionalmente protegido. (REIS, 2007, p. 2.045)¹¹

Ou seja, ao reconhecer a autonomia privada com *status* de direito fundamental, leva-se, logicamente, a questão envolvendo a colisão dessas proposições constitucionais (mormente em face da dignidade da pessoa humana), visto que, ao Estado, ao mesmo passo que deve preservar valores éticos, morais e jurídicos de determinada coletividade (pela bandeira da concretização da dignidade humana)¹², precisa também zelar pela concepção e desenvolvimento emancipatório de cada indivíduo (inclusive em suas relações privadas), de modo que o tratamento à questão, a despeito da vasta influência filosófica, antropológica e cultural, aventa-se como desafio a ser enfrentado pelo fenômeno jurídico.

Desta forma, inserem-se os ditames da ponderação de Alexy, a fim de propor um adequado entrelaçamento acerca desses complexos institutos investigados, mormente com vistas à máxima efetivação constitucional no seio das relações privadas, que agora insurgem-se num papel de protagonismo frente à necessária construção eficaz dos ditames fundamentais de nossa Carta Maior.

4 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA X AUTONOMIA DA VONTADE: IMBRICAÇÕES NAS RELAÇÕES INTERPRIVADAS E A PONDERAÇÃO JURÍDICA

Para o derradeiro capítulo, cumpre objetivar respostas às inevitáveis tensões envolvendo a proteção aos valores éticos, morais e jurídicos advindos da construção da “Dignidade Humana”, em face da necessária proteção da “Autonomia Privada”. Como visto, em sendo claramente uma colisão en-

¹¹ A Constituição portuguesa de 1976 consagra a eficácia das normas de direitos, liberdades e garantias e de direitos análogos na ordem jurídica privada. A doutrina alude aqui a “eficácia horizontal” das normas garantidoras de direitos, liberdades e garantias (a jurisprudência alemã utiliza o termo *Drittwirkung*) (CANOTILHO, 2002, p. 446).

¹² Ademais, os avanços epistemológicos na seara da dignidade têm permitido, inclusive, a formatação de arcabouços normativos transnacionais, influenciando também as relações particulares para além das fronteiras dos países e atendendo, desta forma, as demandas de uma sociedade globalizada (REIS, 2007, p 2.049).

tre princípios fundamentais resguardados pela ordem constitucional¹³, deve-se levar em conta, para a solução do problema erigido no caso concreto, o peso relativo de cada um mediante a ponderação e o balanceamento dos valores e interesses envolvidos, num processo de sopesamento¹⁴, que deverá ser respeitado em cada situação-problema que se aventar ao mundo jurídico. Nesse sentido:

Da mesma forma que os direitos fundamentais em determinada relação jurídica podem limitar a autonomia privada, esta, por sua vez, face ao *standard* normativo constitucional, também poderá ser causa de restrição dos demais direitos fundamentais em outra relação jurídica (dependendo da ponderação). (REIS, 2007, p. 2.045-2.046)

Cumprido reconhecer, desde logo, que a estruturação da autonomia privada em subprodutos distintos (como autonomia patrimonial/não patrimonial), bem como a existência de diferentes condições pessoais e materiais envolvidas em cada caso (níveis de capacidade dos sujeitos, bem jurídico envolvido) envolvem uma análise igualmente diferenciada acerca da possibilidade de proteção. Ou seja, a autonomia privada dos cidadãos poderá ser relativizada, mormente se atentar aos ditames jurídico-constitucionais da dignidade da pessoa humana (e, por óbvio, de outros tantos princípios basilares ao ordenamento jurídico). Não obstante, há que se reconhecer que esta limitação será mais ou menos intensa, a depender de qual faceta se está se investigando acerca da autonomia:

A tutela constitucional da autonomia abrange tanto a dimensão existencial como econômica, mas, no primeiro caso, a proteção faz-se mais intensa. Esta diferença se deve ao fato de que, pela concepção de pessoa e de sociedade adotada pela constituinte, as liberdades existenciais são consideradas mais relevantes para o livre desenvolvimento da personalidade humana do que as econômicas. Já a autonomia negocial, que tem lastro no princípio da livre-iniciativa, foi não apenas relativizada pelo texto magno, em razão da preocupa-

¹³ Quando se afirma que tanto autonomia privada como direitos fundamentais possuem natureza principiológica, significa que ambas são normas dotadas de normatividade, as quais obrigam e vinculam (SARLET, 2003, p. 57).

¹⁴ Reis (2007, p. 2.047) preceitua que sempre que houver colisão de direitos fundamentais (como pode ocorrer em razão da formação da dignidade humana e da preservação da autonomia privada, haverá, por parte da jurisdição constitucional, a necessidade de resolução da problemática por meio de um processo de ponderação, devendo-se sopesar os direitos envolvidos, analisando o grau de desigualdade fática ou de assimetria entre eles.

ção constitucional com a igualdade material e a solidariedade, como também instrumentalizada, em favor da proteção da dignidade da pessoa humana e da justiça social. (SARMENTO, 2004, p. 220)

Ou seja, quando se fala em proteção da autonomia, entende-se que esta terá maior guarida frente às situações em que se relacionar ao viés não patrimonial, de modo a consagrar a dignidade humana (*v.g.*, ao protegerem-se as escolhas existenciais, morais e políticas do indivíduo). De outro modo, porém, quando se tratar de conflitos entre autonomia negocial e a dignidade humana, é salutar depreender (do próprio direcionamento constitucional), que esta possa ser relativizada, a fim de corrigir as desigualdades materiais impostas aos indivíduos pelas naturais contingências do mundo da vida. Ademais, cumpre frisar que os embates envolvendo os variados níveis de regulação da autonomia frente à dignidade podem obedecer, como dito, a outros critérios, tais como, a própria “essencialidade” do bem jurídico envolvido¹⁵, ou, ainda, em face das eventuais disparidades socioeconômicas e/ou intelectuais dos atores presentes nas relações interprivadas¹⁶. Há que se ter plena consciência, por certo, de que o embate entre tais situações e a leitura acerca desses critérios que ensejarão a primazia de um princípio ou outro, se situam claramente em tênue limiar (o que cria um desafiador e instigante emba-te na efetivação horizontal dos direitos fundamentais, vez que esta colisão principiológica irradiará, invariavelmente, efeitos nas mais diversas relações particulares existentes).

Contudo, recomenda-se, em *hard cases* que necessitam contrapor direitos fundamentais, como os atinentes à autonomia em face da dignidade humana¹⁷, a adoção da referida matriz teórica lançada pelo filósofo alemão

¹⁵ Outro critério importante para verificação da proteção da autonomia da vontade é a essencialidade do bem envolvido do na relação jurídica. [...] significa dizer que naquelas relações onde o seu objeto é um bem considerado essencial, menor será proteção à autonomia. Pode-se citar, como exemplo, a Lei de Locações Urbanas, Lei 8.245/91 [...] considerando o aspecto constitucional, o direito à moradia, é um direito com maior caráter de essencialidade (REIS, 2007, p. 2.046).

¹⁶ Sempre que uma das partes possuir debilidade maior, ou seja, a sua hipossuficiência frente a outra for manifesta, o grau de autonomia privada será menor. Quanto maior a igualdade entre as partes, maior será a autonomia (REIS, 2007, p. 2.046).

¹⁷ Além do célebre *Caso Luth*, há inúmeros julgados, na seara brasileira, envolvendo direitos fundamentais e relações privadas, *v.g.*: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. A

Robert Alexy, quando propunha a resolução ao embate entre institutos de alta carga axiológica e argumentativa (como no caso de colisão de princípios fundamentais) que a solução fosse dada por um sopesamento donde um deles prevaleça (sem, contudo, deixar de produzir seus efeitos). Essa solução se dará, em face da matriz teórica, por meio do uso da ponderação e deverá obedecer a, especificamente, três etapas, a saber: adequação do meio empregado para o alcance do resultado; necessidade desse meio e proporcionalidade *stricto sensu* (ALEXY, 2008):

Esse processo de ponderação, especialmente entre direitos fundamentais e autonomia da vontade, vem dar via à igualdade material, preconizada constitucionalmente, porque na medida em que atua sempre que houver desigualdade material entre as partes envolvidas na relação jurídica, reincorpora materialmente, na relação jurídica estabelecida, a igualdade de condições, estabelecendo uma relativização da autonomia privada. (REIS, 2007, p. 2.046)

Assim, parece, a nosso ver, que se caminha para a assunção de um novo paradigma de direito civil contemporâneo, por intermédio da efetiva constitucionalização do direito privado, alicerçando-se algumas concepções que visam máxima efetividade constitucional, alinhavadas aos ditames do Estado Democrático de Direito, a saber: 1) a autonomia da vontade continua sendo *standard* indispensável ao desenvolvimento humano, e deste em suas relações particulares; 2) a dignidade da pessoa humana acrescenta valores comunitários e individuais caros e indispensáveis à vida social, irradiando seus efeitos na seara das relações jurídicas privadas (antes restritas aos particulares), de modo que pode haver a restrição de um ou outro direito fundamental, a depender do caso, sendo exigível aos particulares, em suas relações privadas; 3) deve-se reconhecer que o Direito atual necessita da absorção dos ideais da ponderação, de modo que a Constituição possa (por intermédio das proposições fundamentais) atuar em casos práticos, e continuar irradiando suas disposições a todos os campos da seara jurídica, como no direito civil (reconhecendo os avanços da eficácia horizontal dos direitos fundamentais), a fim

ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos postulados que têm por fundamento a própria Constituição, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais (STF, RE 201.819/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, Data: 11/10/2005).

de revitalizar o sistema, e, assim, superar velhos paradigmas ainda tão arraigados na dogmática civil.

Por fim, é que se pressupõe a possibilidade de maximização da força normativa constitucional pela assunção de uma relação dialógica, aberta e equilibrada entre os preceitos da autonomia atrelada às concepções contemporâneas da dignidade, de modo que se possa construir, se for possível assim dizer, uma “autonomia digna” (ou seja, garantias consensuais mínimas alicerçadas em condições de subsistência e igualdade material, com a salvaguarda de desenvolvimento emancipatório de cada cidadão), para que, com o intuito de não recairmos em ultrapassadas concepções individualistas, que claramente não realizam o ser humano como fim em si mesmo (KANT, 2008, p. 79), se busque a construção da plena liberdade dos indivíduos, que, ao fim e ao cabo, é o fundamento último da própria dignidade da pessoa humana.

5 CONCLUSÃO

Desde o desenvolvimento do paradigma liberal, donde consagrou-se a máxima hobbesiana de que “homem é o lobo do próprio homem”, é que se procurou revitalizar o fenômeno jurídico através dos tempos, até se chegar à discussão atual, que, sob a égide dos valores constitucionais da dignidade humana, da preservação da autonomia da vontade e da viabilidade de emancipação dos indivíduos, visa à construção de um ideal de solidariedade, de igualdade material e da busca pelo bem-viver em coletividade. Nesse contexto é que se vislumbrou a motivação para o estudo proposto, sem, por óbvio, possuir qualquer pretensão de esgotamento da problemática.

Ademais, a fim de que o presente discurso não fique adstrito à mera previsão normativa, e se insira pragmaticamente no cotidiano de formação e interpretação epistemológica e empírica do Direito, é que se engendram as críticas à ausência de inserção dos valores constitucionais no contexto das relações privadas e institucionais, que, ao nosso ver, ainda necessitam desse constante aprimoramento e investigação, mormente no que se refere à construção do adequado equilíbrio entre a efetivação da dignidade e a preservação da autonomia de cada cidadão, no contexto de suas expectativas e de realização pessoal, que, por certo, não podem ser cerceadas sem uma fundamentação contundente, com vistas ao desenvolvimento pleno da vida em sociedade. É com este fim que este trabalho espera ter contribuído um pouco mais.

REFERÊNCIAS

- ALEX, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL, Francisco. O direito Civil na Pós-Modernidade. *Revista da Escola Superior de Advocacia da OAB/RJ*, ano 2, n. 2, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- CANOTILHO, José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- GEARTY, Conor. *Principles of Human Rights Adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Antonio Fabris Editor, 2008.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2008.
- _____. *Critique de la Raison Pratiques*. Trad. François Picavet. Paris: P.U.F., 1949.
- LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do Direito Privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- PERLINGIERI, Pietro. *A Doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.
- RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1995.
- REIS, Jorge Renato dos. Direitos fundamentais de tutela da pessoa humana nas relações entre particulares. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Orgs.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- WEBER, Thadeu. Autonomia e Dignidade da Pessoa Humana em Kant. *Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, n. 9, out./nov. 2009.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO E A TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

Thais Cristina Kich

Acadêmica do 10º semestre do curso de Direito da FAI Faculdades de Itapiranga.

Contato: thais_criskich@hotmail.com

Júlia Bagatini

Mestre em Direito pela UNISC. Especialista em Direito Administrativo pela FGF. Professora da FAI Faculdades e Advogada.

Contato: juliabagatini@bol.com.br

Resumo:

Este trabalho tem como escopo apresentar de forma geral o instituto da teoria da perda de uma chance, abrangendo a origem e evolução, bem como elencar as principais características e pressupostos necessários para sua concepção. Dessa forma, o objetivo geral desse trabalho é verificar a possibilidade de responsabilização civil do advogado no exercício de suas atividades diante da perda de uma chance de seu cliente, bem como explicar a sua natureza jurídica, trazendo à baila julgados de tribunais objetivando a análise da aplicação da teoria e a efetivação da responsabilização civil do advogado. O artigo foi elaborado utilizando-se o método de abordagem dedutivo, por meio do procedimento histórico e analítico, bem como aliado à técnica de pesquisa documental indireta. Por fim, ressalta-se que as funções exercidas pelo advogado devem estar intrinsecamente ligadas com a ética e disciplina.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Teoria da perda de uma chance.

1 INTRODUÇÃO

Devido à dinamicidade da vida na atualidade, superprodutora de danos de todas as espécies, faz-se emergir a obrigação de se reparar os infortúnios advindos desta pós-modernidade. Nesse cenário, verifica-se a possibilidade de responsabilização civil pela perda de uma chance, pois inúmeras, vezes no cotidiano, as pessoas se veem privadas de obter uma possível reparação ou de evitar um prejuízo, em razão de lesão causada por outrem.

Assim, “a teoria da perda de uma chance surgiu justamente para tentar reparar o dano decorrente da perda da oportunidade de se ter uma vantagem ou de evitar um prejuízo futuro, pois hoje é possível identificarmos um dano independente de seu resultado final” (WANDERLEY, *online*, [s.d., s.p.]).

No Brasil, a teoria da perda de uma chance ainda não se encontra consolidada em normas jurídicas, mas vem encontrando ampla aceitação no direito pátrio, visto que há entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema.

Nesse sentido, este artigo propõe-se a analisar, a partir de casos concretos, a possibilidade de responsabilização civil do advogado pela perda de uma chance, quando este agir com desídia no âmbito profissional.

2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA PERDA DE UMA CHANCE

Inicialmente, é necessário saber o que é a perda de uma chance. Nesse sentido, segundo Savi (2009, p. 3):

O termo chance utilizado pelos franceses significa, em sentido jurídico, probabilidade de obter lucro ou de evitar uma perda. No vernáculo, a melhor tradução para o termo chance seria, em nosso sentir, oportunidade. Contudo, por estar consagrada tanto na doutrina, como na jurisprudência, utilizaremos a expressão perda de uma chance, não obstante entendemos mais técnico e condizente com o nosso idioma a expressão perda de uma oportunidade.

Para Dias (1999, p. 14), perda de uma chance, no âmbito advocatício, é a “perda da *oportunidade* que o cliente sofre, causada por falha daquele profissional, de ver examinada em juízo uma pretensão ou de ver reformada em seu favor uma decisão judicial que lhe foi desfavorável e contra o qual cabia recurso”.

É preciso, portanto, que se tratem de chances sérias e reais, pois a chance perdida reparável deve conter prejuízos material ou imaterial resultante do fato consumado, porque assim o dano não poderá ser hipotético (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 81).

Observa-se que na perda de uma chance o indivíduo não é responsabilizado por ter causado um prejuízo direto e imediato ao lesado, mas pelo fato de ter privado alguém da obtenção da oportunidade de chance de um resultado útil ou somente de ter privado esta pessoa de evitar um prejuízo. Assim, o dano decorre por ação ou omissão do agente, visto que, o que se quer indenizar não é a perda da vantagem esperada, mas sim a perda da chance de obter a vantagem ou de evitar o prejuízo (LOPES, *online*, 2007).

De acordo com esta teoria, a perda da chance de obter a vantagem é feita utilizando um critério de probabilidade. Sendo assim, “desde que possa ser comprovado que caso não tivesse ocorrido a ação ou omissão do agente, a vítima teria uma chance séria e real de conseguir o resultado esperado, fica configurada a responsabilidade civil decorrente da perda de uma chance” (LOPES, *online*, 2007).

Não obstante a aparente simplicidade do conceito, Goldim (2013, p. 57) afirma que “a aplicação da teoria percorre caminhos tortuosos [...], seja para evitar a reparação indevida, seja para permitir que a efetiva chance perdida não deixe de ser reparada”.

Por tudo isto, é imprescindível estarem claramente presente os pressupostos para a aplicação da teoria da perda de uma chance, quais sejam: “o dano, representado pela chance, a conduta que o causou (no caso de se tratar de responsabilidade subjetiva) e o nexo causal entre essa e o prejuízo (entendido como a perda sofrida)” (GOLDIM, 2013, p. 71). Sendo assim, num caso concreto, é evidente a reparação pela perda de uma chance.

O tema da natureza jurídica da perda de uma chance é de grande discussão, uma vez que se trata de questão controvertida tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

A possibilidade de reparação pela perda de chances já é reconhecida no ordenamento jurídico, no entanto, os tribunais encontram dificuldades em definir a natureza jurídica dessa indenização, pois ora entendem que a perda de uma chance se trata de dano patrimonial, ora dano extrapatrimonial, havendo divergência, ainda, se este configuraria a título de dano emergente ou lucros cessantes. Porém, há alguns que reconhecem o dano da perda de uma chance como uma espécie de dano autônomo (COSTA, *online*, [s.d.]).

Da mesma forma, parte da doutrina entende que a teoria da perda de uma chance se trata de uma espécie de lucro cessante, e a outra, de dano emergente.

O dano emergente está consagrado no artigo 402 do Código Civil¹, em que importa numa efetiva e imediata diminuição do patrimônio da vítima, naquilo que ela efetivamente perdeu. Já, os lucros cessantes, se referem àquilo que a vítima razoavelmente deixou de lucrar, ou seja, é a perda do lucro esperável (MELO, *online*, 2007).

¹ **Art. 402.** Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. (BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 08 mar. 2015)

Ocorre que não há como se falar que a perda de uma chance enquadra-se como dano emergente, pois “a indenização pela perda de uma chance não toma como parâmetro aquilo que o lesado efetivamente perdeu, mas sim aquilo que ele foi frustrado de ganhar em decorrência de ato ilícito de um terceiro” (COSTA, *online*, [s.d., s.p.]).

Assim, a perda de uma chance se diferencia do lucro cessante, uma vez que este incide sobre o que o indivíduo razoavelmente deixa de ganhar, e desse modo, necessita que haja uma comprovação de quais seriam as perdas. No caso da perda de uma chance, “não existe a pretensão de indenizar a perda do resultado e sim da oportunidade, não havendo a necessidade de provar se a vítima teria ou não o resultado almejado”, ou seja, a perda de uma chance não precisa de uma prova concreta (AMARAL; MELO, *online*, 2014, [s.p.]).

É importante ressaltar que a noção de lucro cessante muitas vezes se confunde com a perda da chance, por estarem ambos os conceitos relacionados à frustração de uma vantagem esperada. Pode-se afirmar, então, que o lucro cessante diz respeito à lesão a um bem jurídico que, comprovadamente, seria incorporado ao patrimônio do ofendido no futuro, se a conduta culposa do agente não tivesse ocorrido. A chance representa um resultado almejado incerto, mas provável, cuja impossibilidade de crescer o patrimônio do ofendido é atual (GOLDIM, 2013, p. 129).

Goldim (2013, p. 130) menciona, a título de exemplo, um caso concreto, a diferença entre o lucro cessante e a perda de uma chance:

[...] se alguém teve seu automóvel destruído, antes de competir, não pode almejar como lucro cessante o prêmio que poderia, ou mesmo, em certa circunstância, estaria quase obtido. A não participação em determinado evento é exemplo típico da perda de uma chance, e não pode ser reparada como lucro cessante, o que demonstra a ausência de similitude entre ambos.

Da mesma forma, têm-se também o exemplo do advogado, que deixa transcorrer o prazo para apresentação de recurso e retira do seu cliente a possibilidade de ver a sua pretensão analisada por outra instância com possibilidade de reforma da sentença proferida (GOLDIM, 2013, p. 130).

Portanto, em certos casos, o ressarcimento do dano como lucro cessante deve ser afastado, uma vez que é típico da perda de uma chance, e, por muitas vezes, é confundido na jurisprudência brasileira.

A “chance” perdida também pode gerar danos extrapatrimoniais, que diz respeito à lesão a um bem não ligado ao patrimônio do ofendido, mas ofensa aos direitos da personalidade, como a honra, o nome e a intimidade.

Os danos extrapatrimoniais são comumente denominados como danos morais, ante a expressão da doutrina francesa “*domage morale*”². Tem-se como fundamento na Súmula 37, do Superior Tribunal de Justiça, que consagrou: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato” (BRASIL, STJ, [s.d.]).

A teoria da perda de uma chance está sendo marcada como uma terceira categoria de dano. Nesse sentido, pode-se esclarecer que:

[...] a teoria da perda de uma chance visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. (DIZER O DIREITO, *online*, 2013, [s.p.]

Venosa (2014. p. 42) também assenta a possibilidade da “perda da chance como um terceiro gênero de indenização, ao lado dos lucros cessantes e dos danos emergentes, pois o fenômeno não se amolda nem a um nem a outro segmento”.

Ainda, entende “ser a chance um bem jurídico autônomo e a reparação, se material ou extrapatrimonial, será característica própria do valor que compunha o patrimônio do ofendido diante da lesão que se deixou de obter” (GOLDIM, 2013, p. 72). Isto significa que é a chance perdida que define as características da reparação.

Conclui-se que a chance é um dano em si mesma, ou seja, dentro das modalidades existentes de responsabilidade civil, não se enquadrando como lucro cessante, nem como dano emergente, supondo-se, portanto, a aplicação de uma terceira categoria de dano, possível de reparação.

² Goldim (2013, p. 134) ressalta “não ser correto utilizar a expressão dano moral para abranger o dano extrapatrimonial, eis que podem existir lesões a bens não patrimoniais, que possam ser classificadas como dano material”.

3 BREVE ANÁLISE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE

A teoria da perda de uma chance surgiu originariamente na França, denominada de *perte d'une chance*, onde se passou a admitir a indenização pela perda da possibilidade de atingir determinada vantagem, e não pela perda da própria vantagem (COSTA, *online*, [s.d.]).

O primeiro caso que se tem notícia ocorreu em 1965, em que a jurisprudência francesa analisou a responsabilidade civil de um médico pela perda da chance de cura. A Corte entendeu possível a responsabilização do médico, tendo em vista que este agiu culposamente, privando o paciente da possibilidade de obter a chance de receber um tratamento médico mais benéfico (COSTA, *online*, [s.d.]).

Já no século XIX, em 17 de julho de 1889, a Corte de Cassação francesa conferiu a “indenização a um demandante pela atuação culposa de um oficial ministerial que extinguiu todas as possibilidades de a demanda lograr êxito, mediante o seu normal procedimento” (SILVA, 2009, p. 10-11).

No sistema da *Common Law*, a aplicação da teoria da perda de uma chance ocorreu em 1911, com o caso inglês *Chaplin vs. Hicks*, no qual a autora da demanda era uma das cinquenta finalistas de um concurso de beleza conduzido pelo réu X, tendo este impedido a autora de participar da última etapa do concurso. Um dos juízes que julgou o caso argumentou que diante das probabilidades, a autora teria 25% de chance de ganhar o prêmio (SILVA, 2009, p. 11).

Percebe-se que o direito francês foi o pioneiro da aplicação da responsabilidade civil pela teoria da perda de uma chance, tendo sido incorporado no ordenamento jurídico brasileiro recentemente. O tema é pouco difundido na doutrina brasileira, provavelmente porque o atual Código Civil não traz nenhuma disposição expressa sobre a matéria.

No Brasil, o primeiro acórdão a mencionar a responsabilidade civil por perda de uma chance ocorreu no Rio Grande do Sul, em 1990³. Tratava-se de ação de indenização dos danos decorrentes de erro médico, em que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu não ser cabível a fundamentação da responsabilidade civil com base na teoria da perda de

³ RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. CIRURGIA SELETIVA PARA A CORREÇÃO DE MIOPIA, RESULTANDO NÉVOA NO OLHO OPERADO E HIPERMETROPIA. Responsabilidade reconhecida, apesar de não se tratar, no caso, de obrigação de resultado e de indenização por perda de uma chance. (TJRS - 5ª Câmara Cível – Apelação Cível 598.069.996 – Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 12/06/1990). (SAVI, 2009, p. 48)

uma chance, pois o suposto dano cometido pelo médico na cirurgia não advinha de sua conduta, isto é, neste caso não foi possível estabelecer o nexo de causalidade entre a atitude culposa do médico e o dano final (SAVI, 2009, p. 48).

Um ano depois, foi julgado pelo mesmo Tribunal e Desembargador-Relator outro caso, no qual foi reconhecida a indenização com base na teoria da perda de uma chance. Trata-se da responsabilidade civil do advogado por ter retirado da vítima a possibilidade de obter uma vantagem futura⁴. Nesse sentido, cumpre transcrever parte do voto do relator que admitiu a indenização por perda de uma chance:

Não lhe imputo o fato do extravio, nem asseguro que a autora venceria a demanda, mas tenho por irrecusável que a omissão da informação do extravio e a não restauração dos autos causaram à autora a perda de uma chance e nisso reside o seu prejuízo. Como ensinou o Prof. François Chabas: 'Portanto, o prejuízo não é a perda da aposta (do resultado esperado), mas da chance que teria de alcançá-la' (*'La Perte d'une chance em Droit Français'*, conferência na Faculdade de Direito da UFRGS em 23.5.90) [...]

[...] a álea integra a responsabilidade pela perda de uma chance. Se fosse certo o resultado, não haveria a aposta e não caberia invocar este princípio específico da perda de chance, dentro do instituto da responsabilidade civil.

Isto posto, estou em negar provimento ao apelo para manter a sentença de procedência, esclarecendo que a fixação da indenização, através de arbitramento, em liquidação de sentença, deverá atentar para o fato de que o dano corresponde apenas à perda da chance. (SAVI, 2009, p. 49-50)

Nota-se que a partir desse julgado passou a existir discussão acerca do nexo de causalidade, ou seja, não se concebia qualquer tipo de indenização nos casos em que não fosse provado o mínimo nexo causal. Ademais, o julgado ponderou que não haveria como ter como certo qualquer êxito da vítima caso o advogado não tivesse extraviado os autos, e mesmo assim assegurando a indenização pela perda da chance.

⁴ RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOGADO. PERDA DE UMA CHANCE. Age com negligência o mandatário que sabe do extravio dos autos do processo judicial e não comunica o fato à sua cliente nem trata de restaurá-los, devendo indenizar à mandante pela perda de uma chance. (TJRS, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível 591.064.837, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, julgado em 29/08/1991).

O mais célebre caso de perda de uma chance no Brasil é o do “Show do Milhão”⁵, em que se reconheceu a responsabilidade civil da ré pela perda de uma chance, pois “o programa televisivo de perguntas e respostas, ao elaborar erroneamente a última pergunta do jogo, retirou da participante a possibilidade de respondê-la corretamente e, conseqüentemente, de receber o prêmio final no valor de um milhão” (COSTA, *online*, [s.d., s.p.]).

Esse julgado consistiu numa verdadeira guinada na jurisprudência, seja pela esfera midiática da qual se revestia o programa à época, seja pela lesão clara à vítima. Assim, adotando a teoria da perda de uma chance, o STJ, de forma muito justa, condenou o canal de televisão ao ressarcimento do valor correspondente a 25% do prêmio do programa, sob o argumento de que, mesmo que dentre as alternativas estivesse a resposta certa, não há certeza alguma de que a vítima acertaria, mitigando, a aplicação integral da teoria.

Colhe-se do referido julgado:

EMENTA RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. IMPROPRIEDADE DE PERGUNTA FORMULADA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO. PERDA DA OPORTUNIDADE. 1. O questionamento, em programa de perguntas e respostas, pela televisão, sem viabilidade lógica, uma vez que a Constituição Federal não indica percentual relativo às terras reservadas aos índios, acarreta, como decidido pelas instâncias ordinárias, a impossibilidade da prestação por culpa do devedor, impondo o dever de ressarcir o participante pelo que razoavelmente haja deixado de lucrar, pela perda da oportunidade. 2. Recurso conhecido e, em parte, provido. (STJ – REsp. 788.459/BA, 2005/0172410-9, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Data de Julgamento: 08/11/2005, T4 - Quarta Turma, Data de Publicação: DJ 13/03/2006, p. 334)

Observa-se que com a crescente evolução da teoria da perda de uma chance, o Brasil teve ampla aceitação e aplicação dessa teoria. Entretanto, apesar de ser pouco difundida na doutrina brasileira, a teoria vem ganhando força nos tribunais, ensejando não somente a responsabilidade civil do advogado, como também em todas esferas que pressupõem a perda de uma chance.

⁵ O programa “Show do Milhão”, consistente em concurso de perguntas e respostas, cujo prêmio máximo de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) em barras de ouro é oferecido àquele participante que responder corretamente a uma série de questões versando conhecimentos gerais.

4 A ANÁLISE DA PROBABILIDADE E O QUANTUM DEBEATUR

O dano para ser reparável deve ser certo, e não meramente hipotético, ou seja, diz-se que a certeza está no ofendido suportar ou prestes a suportar um prejuízo ao seu interesse jurídico. Deste modo, “como analisar o requisito da certeza quando se trata de uma vantagem que se esperava alcançar e não alcançou; um prejuízo que se pretendia obstar, mas se concretizou?” (GOLDIM, 2013, p. 68).

Deve ficar claro que essas são situações de resultados finais, que poriam ser obtidos ou obstados, mas não se sabe sequer se viriam a se concretizar. Por isso, aquilo que era esperado alcançar ou evitar são danos eventuais e não serão reparados (GOLDIM, 2013, p. 69).

Tem-se como exemplo um cavalo que não inicia a corrida hípica porque o seu transportador atrasa o transporte, e assim não chega a tempo. Percebe-se que o prêmio perdido é incerto e por isso não será reparável, mas antes do início da corrida já era possível prever quantas chances tinha o animal de provavelmente alcançar uma boa colocação (GOLDIM, 2013, p. 69).

Assim sendo, “é essa chance que fundamenta a teoria desse estudo, e para ser reparável ela deve apresentar as características e requisitos de um dano, ou seja, resultar da lesão a um interesse jurídico, com existência certa e devidamente comprovada” (GOLDIM, 2013, p. 69). Posto isto, a chance é analisada não por meio do resultado final que se realizaria, o qual é incerto, mas pelas probabilidades que o ofendido possuía em obter a vantagem.

Do mesmo modo, o benefício que não aconteceu, “mas supõem que poderia ter ocorrido”, traz em si a característica da aleatoriedade, e isto não será reparado. O que é reparado, com base na teoria da perda de uma chance, é a probabilidade que existia da vantagem se concretizar, pois se tem certeza. Ilustre são as palavras de Vallier (*apud* GOLDIM, 2013, p. 82):

Les préjudices étant seuls réparables, par opposition aux préjudices éventuels qui ne sauraient faire l'objet d'une indemnisation, il est traditionnellement admis que la perte d'une chance – préjudice certain car la chance ne se réalisera plus, aléatoire en ce que nul ne sait si elle se serait réalisée – est réparable dans la mesure de sa certitude.⁶

⁶ Tradução livre: Os prejuízos serão somente reparáveis, em oposição aos prejuízos eventuais que não serão objeto de uma indenização, sendo tradicionalmente admitida que a perda de uma chance – prejuízo certo porque a chance não se realizará mais, aleatório por não se saber se ela se realizaria – seja reparável dentro da característica da certeza.

Destarte, a teoria da perda de uma chance é previamente constatada quando, em uma série de eventos se desencadeou o requisito da certeza do dano, e que a obtenção da vantagem ou prejuízo não se efetivou devido a uma conduta do agente. A existência da probabilidade da chance é que deve ser reparada.

Outro problema ligado à responsabilidade civil pela perda de uma chance refere-se à quantificação do valor da condenação, que deve ser pago à vítima a título de indenização, pois é muito difícil a sua aferição.

Segundo Goldim (2013, p. 123), “a reparação civil apresenta duas fases: o reconhecimento da existência do dano e posteriormente a sua magnitude. Quer dizer, o *quantum* a que o ordenamento jurídico atribui valor e o quanto deverá ser suportado pela vítima ou transferido ao responsável”. Deste modo, esse o *quantum* que define o conteúdo do dano é fixado pela relação de causalidade entre o fato produtor do dano e o prejuízo, em virtude da equidade e conveniência.

Assim, é imperioso analisar a probabilidade que o cliente teria de ganhar a demanda, para verificar se houve um dano pela perda de uma chance, sendo indenizável ou não (MARTINS, 2004, p. 255-306). Mesmo sendo de difícil a quantificação, essa “chance” deverá ser indenizada, conforme Lopes (*online*, 2007, [s.p.]) propõe:

Para delimitar o valor da indenização o Juiz deve, com base no caso concreto, fazer um juízo de valor de maneira equitativa, buscando encontrar a melhor solução para a lide. Sendo assim, após verificar qual o valor da chance perdida, deve atentar para o valor do benefício que a vítima conseguiria na hipótese de atingir o resultado esperado, porque o valor da indenização jamais poderá ser igual ou superior ao que receberia caso não tivesse sido privado da oportunidade de obter uma vantagem determinada.

Da mesma forma é a opinião de Savi (2009, p. 68), ao afirmar que a quantificação vai ser feita de forma equitativa pelo juiz, que deverá partir do dano final e fazer incidir sobre este o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada.

Ainda, o juiz deverá partir do valor do resultado útil esperado e sobre esse fazer incidir o percentual de probabilidades que a vítima obteria aquele resultado caso não fosse o ato omissivo ou culposo do ofensor. Pode ser utilizado como exemplo da quantificação do dano pela perda de uma

chance, o caso do advogado que perde o prazo para a interposição de um recurso de apelação:

Suponhamos que o advogado tenha ajuizado ação judicial para a cobrança de R\$ 10.000,00 (dez mil reais); que a sentença tenha sido proferida por um juiz inexperiente, que tenha analisado equivocadamente as provas e julgado improcedente o pedido de cobrança e que, após a publicação da sentença de improcedência, o advogado do autor perca o prazo para a interposição do recurso de apelação. Caso o juiz competente para julgar a ação de indenização movida pelo cliente contra seu advogado negligente chegue à conclusão de que o cliente tinha 90% (noventa por cento) de chance de ganhar o recurso não interposto, deverá partir do resultado útil esperado, no caso R\$ 10.000,00, e fazer incidir sobre este valor o percentual das chances perdidas, qual seja, 90%. Assim, nesta hipótese, o valor da indenização a título de danos materiais seria de R\$ 9.000,00 (nove mil reais). (SAVI, 2009, p. 69)

É importante salientar que a forma de quantificar a indenização pela perda de uma chance não é fácil, e jamais poderá ser igual ao benefício que a vítima conseguiria se não tivesse perdido a chance de um resultado útil esperado, como também “por não haver certeza acerca da vitória no recurso, a indenização da chance perdida *será sempre inferior* ao valor do resultado útil esperado” (SAVI, 2009, p. 68).

Portanto, é a partir do estudo da probabilidade da chance que o agente teria de obter um resultado ou de evitar um prejuízo que será fixado o *quantum debeatur*, determinando assim o dano causado à vítima, que deverá ser indenizada dentro de um juízo de valor.

5 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Inicialmente, a responsabilidade advocatícia merece ênfase e deve ser trabalhada de forma cautelosa, uma vez que é analisada sob o óbice da conduta do profissional advogado, e também em razão da repercussão jurisprudencial e das peculiaridades que o cercam.

A responsabilidade civil do advogado é de meio, e por isso não está obrigado a alcançar o resultado final, todavia, durante o seu exercício, deve atuar de forma diligente, objetivando a melhor atuação tanto extrajudicial, quando no Judiciário, sempre em prol do seu cliente, para assim corresponder com as condutas em que foi contratado.

No ordenamento jurídico brasileiro, a teoria da perda de uma chance vem ocupando timidamente relevante papel nas decisões judiciais que tratam sobre o tema da responsabilidade civil (GOLDIM, 2013, p. 58), tendência que

[...] aparece como o caminho que o direito nacional segue e continuará a seguir, eis que, no ordenamento brasileiro não se encontra qualquer dispositivo que possa tornar-se um óbice para a aplicação da teoria da perda de uma chance. Também se acredita que as propostas sobre a quantificação do dano, bem como as diferenciações em relação a modalidades de responsabilidade pela criação de riscos, estão em total conformidade com o nosso direito positivo e poderão enriquecer o modelo jurídico nacional da teoria da perda de uma chance. Os tribunais brasileiros têm reconhecido a aplicação da teoria há relativamente pouco tempo. Considerando ainda o recente estudo aprofundado da doutrina, por vezes a teoria é empregada equivocadamente nos julgados, com a inobservância de seus requisitos e com a alternância da classificação da sua natureza jurídica. (SILVA, 2009, p. 233-234)

Cabe ressaltar que o instituto da responsabilização do advogado pela perda de uma chance vem sendo cada vez mais utilizado no âmbito jurídico, no entanto, encontram-se dificuldades na apreciação dos elementos que visam demonstrar o prejuízo causado ao cliente, pois é apreciado a partir de casos concretos. Deste modo, se faz necessário abarcar a análise de alguns julgados, para que possa compreender se houve (ou não) responsabilização do advogado pela perda de uma chance.

Tem-se como exemplo, a casuística do advogado que não efetivou o preparo, ou seja, não efetivou o pagamento das despesas relacionadas ao procedimento do recurso adesivo, gerando a deserção, sendo não conhecido pelo Tribunal:

AÇÃO DE REPARAÇÃO CIVIL. MANDATO. CASO CONCRETO. MATÉRIA DE FATO. RECURSO ADESIVO. DESERÇÃO CARACTERIZADA NA ESPÉCIE. PERDA DE UMA CHANCE. A teoria da “perda de uma chance” leva em consideração as reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da alegada negligência e desídia dos advogados. Configurado, na espécie, o dever de indenizar. Apelo provido e recurso adesivo não conhecido. (Apelação Cível nº 70061616272, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vicente Barrôco de Vasconcellos, Julgado em 18/03/2015)

Vale afirmar que no caso concreto a parte perdeu a oportunidade de ver sua pretensão analisada em segunda instância, por causa da negligência do profissional advogado. Nesse sentido, trata-se da perda de um direito, na qual Goldim (2013, p. 103-104) entende que “se a vitória não podia ser afirmada, também o insucesso não o podia, ou seja, leva a crer que a perda da chance de ter a causa julgada pela segunda instância é que fundamentaria a reparação por chances”.

Apesar disso, não é provável condenar o advogado a ressarcir pela simples não interposição de recurso. Com efeito, é importante considerar os motivos pelo qual o advogado não interpôs o recurso, posto que, o profissional diligente não interpõe recursos incabíveis e, portanto, a sua diligência não pode lhe acarretar responsabilidade (GOLDIM, 2013, p. 104).

Dessa forma, por mais que o advogado tenha se omitido na visão da vítima, há necessidade de se ponderar acerca das circunstâncias que se deram a referida omissão, pois, como dito, não é toda e qualquer omissão que gera o dever de indenizar fundado na teoria da perda de uma chance, devendo o caso concreto reger a situação, tanto no que tange ao bom senso do cliente em pedir quanto ao Poder Judiciário em conceder esse tipo de indenização.

De tal modo, “no caso da não interposição de recurso o que deve ser verificado não é somente a impossibilidade de a causa ser apreciada e julgada pelo Tribunal, e sim a probabilidade de reforma da decisão recorrida, caso contrário, não haverá prejuízo e não há o que reparar” (GOLDIM, 2013, p. 104).

Assim, existirá a probabilidade quando imperiosa à interposição de recurso perante o posicionamento jurisprudencial contrário à decisão proferida, sendo assim, admissível atribuir a responsabilidade por chances ao profissional que não agiu diligentemente. É interessante destacar que o que torna a matéria tão controversa é exatamente a verificação da probabilidade de êxito (GOLDIM, 2013, p. 103-104).

Portanto, observou-se que a responsabilização pela perda de uma chance não é gerada automaticamente. Para que se caracterize a responsabilidade civil do advogado na teoria, é necessária a ponderação acerca da probabilidade, ou seja, deve ser séria e real; também se faz mister a prova dos seguintes elementos: “a culpa, o ato ilícito, a perda da chance de auferir uma vantagem futura e a causalidade entre o ilícito e a interrupção dos fatos que poderiam desembocar na vantagem final esperada” (ASSIS JR., online, 2011, [s.p.]).

É imperioso ressaltar, no que tange às frustrações da oportunidade decorridas da perda de uma chance, que diversos Tribunais entenderam que a vítima somente poderia ter sofrido danos morais. Em outras palavras, “há inúmeros precedentes entendendo que a frustração de uma chance séria e real somente deva ser considerada como um “agregador” do dano moral, refletindo no montante da indenização a este título” (SAVI, 2009, p. 50).

Um exemplo da correta aferição da certeza da chance perdida, na modalidade de dano ‘extrapatrimonial’, é o acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RECEBIMENTO COM AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. CONDUTA OMISSIVA E CULPOSA DO ADVOGADO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. RAZOABILIDADE DO VALOR ARBITRADO. DECISÃO MANTIDA.

1. Responsabilidade civil do advogado, diante de conduta omissiva e culposa, pela impetração de mandado de segurança fora do prazo e sem instruí-lo com os documentos necessários, frustrando a possibilidade da cliente, aprovada em concurso público, de ser nomeada ao cargo pretendido. Aplicação da teoria da “perda de uma chance”.
2. Valor da indenização por danos morais decorrentes da perda de uma chance que atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tendo em vista os objetivos da reparação civil. Inviável o reexame em recurso especial.
3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento. (Embargos de Declaração no REsp. 1.321.606/ MS. Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira. Quarta Turma. Publicado em: 23/04/2013)

No acórdão acima, julgou bem o STJ em aplicar a teoria da perda de uma chance, porém com manutenção dos parâmetros razoáveis de indenização, pois o que se deve ter em mente é que a aplicação dessa teoria não tem a função dar à parte o que conseguiria se seu pleito foi obtido pelo advogado, mas sim reparar pela perda de uma pretensão, como é o caso do mandado de segurança que tem prazo decadencial de interposição e requisitos específicos postos na Constituição Federal e na Lei 12.016/05.

Para Gondim (2013, p. 76), a perda de uma chance está ligada à existência de uma ordem lógica de acontecimentos que foi interrompida e, caso não fosse, resultaria em uma vantagem ou evitaria um dano. É interessante

destacar que a sua reparação pode ser aplicada em diversos campos do direito, por meio de uma interpretação diferenciada. Diz-se diferenciada, “porque *conduta culposa, dano e nexo causal* serão analisados a partir do entendimento da chance como um dano específico a ser reparado, conforme salientou o relator Desembargador Odone Sanguiné, da Nona Câmara Cível do Tribunal” (GODIM, 2013, p. 76) no o seguinte trecho:

10. O dever de indenizar com fundamento na perda de uma chance requer que o autor comprove que, caso inexistente a ação ou omissão do réu, teria efetivamente obtido o bem da vida almejado. O que ocorre, efetivamente, é que, para se falar em responsabilização por perda de uma chance, é preciso que esteja em curso uma situação que propicie uma oportunidade de, no futuro, uma pessoa auferir algum benefício, e que tal processo seja interrompido por um determinado fato antijurídico – que inviabiliza a oportunidade. 11. Os elementos que caracterizam a perda de uma chance são (a) a conduta do agente; (b) um resultado que se perdeu, podendo ser caracterizado como o dano; e (c) o nexo causal entre a conduta e a chance que se perdeu (assim, essa teoria não dispensa o nexos de causalidade, mas o analisa sob uma perspectiva diferente). 12. O nexos causal deverá existir entre o fato interruptivo do processo e o suposto dano – e assim será caracterizado se for suficiente para demonstrar a interrupção do processo que estava em curso, por um fato ilícito, e que poderia levar ao resultado pretendido. (TJRS. Apelação Cível 700251 79458. Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator Desembargador Odone Sanguiné. Publicação em 13/01/2009)

Nesse sentido, a responsabilidade decorre do fato da perda da obtenção de um resultado útil ou de evitar um prejuízo. Assim, percebe-se que o que se quer indenizar não é a perda da vantagem esperada, mas sim a perda da chance de se obter aquele direito (MARTINS, *online*, 2011).

Vale ressaltar que existem casuísticos que não são prováveis à reparação⁷, por não haver probabilidades comprovadas da chance perdida e por se tratarem de meras frustrações que merecem ser repudiadas pelo direito. É caso de indivíduos vitimizados que querem responsabilizar outrem por todos os seus problemas. Nesse sentido, a teoria deve ser analisada com bastante rigor, para evitar demandas infundadas (GOLDIM, 2013, p. 90).

⁷ Exemplificativamente, não merecem reparação: a) o atraso no voo que impediu a chegada em um concurso, no qual o candidato não comprovou a probabilidade de êxito; b) a perda de bagagem, quando não restar comprovado que este fato frustrou uma vantagem esperada; c) a não entrega de documento em procedimento licitatório, caso não reste comprovada a probabilidade do ofendido ser bem-sucedido no certame, dentre outros (GOLDIM, 2013, p. 89-90).

Interessante é o acórdão que julga o pagamento de indenização do advogado que perde o prazo para contestar, em conformidade com a teoria da perda de uma chance.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO EXTRA PETITA RECONHECIDO.

1 - A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado.

Nesse passo, a perda de uma chance – desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética – é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro.

2 - Em caso de responsabilidade de profissionais da advocacia por condutas apontadas como negligentes, e diante do aspecto relativo à incerteza da vantagem não experimentada, as demandas que invocam a teoria da ‘perda de uma chance’ devem ser solucionadas a partir de uma detida análise acerca das reais possibilidades de êxito do processo, eventualmente perdidas em razão da desídia do causídico. Vale dizer, não é o só fato de o advogado ter perdido o prazo para a contestação, como no caso em apreço, ou para a interposição de recursos, que enseja sua automática responsabilização civil com base na teoria da perda de uma chance. É absolutamente necessária a ponderação acerca da probabilidade – que se supõe real – que a parte teria de se sagrar vitoriosa.

3 - Assim, a pretensão à indenização por danos materiais individualizados e bem definidos na inicial, possui causa de pedir totalmente diversa daquela admitida no acórdão recorrido, de modo que há julgamento *extra petita* se o autor deduz pedido certo de indenização por danos materiais absolutamente identificados na inicial e o acórdão, com base na teoria da ‘perda de uma chance’, condena o réu ao pagamento de indenização por danos morais.

4 – Recurso especial conhecido em parte e provido”. (STJ. REsp. 1.90.180/RS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Brasília (DF), publicado em 16/11/2011)

Ante o exposto, pode-se afirmar que o entendimento do STJ nos casos estudados é fundado na possibilidade da aplicação da teoria da perda de uma chance, desde que exista evidência concreta de oportunidade séria e real do dano.

O entendimento da *teoria da perda de uma chance* ainda não é pacífico, sendo pouco difundida na doutrina brasileira, ou seja, há grandes divergências quanto à sua aplicação, todavia os Tribunais já entendem a probabilidade da responsabilização pela chance perdida quando preenchidos os requisitos essenciais para a configuração do ilícito.

É possível perceber a importância desse instituto dentro da responsabilidade civil, quando, por exemplo, o advogado agir com negligência ou desídia frente a seu cliente, não ajuizando uma ação ou deixando de interpor um recurso para reformar sentença, de tal modo que se reste provado que o resultado poderia ser diverso, deverá ser obrigado a indenizar a perda de uma chance.

Por todo exposto, por mais que haja na doutrina e na jurisprudência divergência acerca da aplicação da teoria da perda de uma chance, somente o caso concreto poderá dar os contornos necessários à caracterização da possibilidade de se buscar qualquer tipo de indenização com base em tal instituto, sob pena de qualquer erro banal ser transformado em justificativa para buscar junto ao Poder Judiciário indenizações infundadas.

Por isso, tem-se que tão importante como saber os contornos da aplicação da teoria, é ter aquele que pede e o julgador o discernimento necessário a aplicá-la somente nos casos em que estão presentes os pressupostos fáticos e jurídicos, sob pena de desvirtuamento do instituto.

6 CONCLUSÃO

O advogado perante uma demanda que lhe foi conferida, não tem a obrigação de vencer a ação, uma vez que sua atividade é de meio, e não de resultado. Entretanto, seu desempenho deve ser eficaz e zeloso pelo bom andamento do processo, sendo ele responsável por erros cometidos decorrente de sua atuação, e, portanto, passível a ação de responsabilidade civil subjetiva, para averiguar no caso concreto se o profissional agiu com culpa ou não.

São pressupostos da responsabilidade civil a conduta, o dano e o nexo de causalidade, e assim sendo, estes elementos são indispensáveis para configurar a responsabilidade civil do advogado na atividade advocatícia.

Já a questão da teoria da perda de uma chance, além de tais pressupostos, também é necessária a comprovação da causalidade entre a conduta e o dano da chance perdida, e não entre o final. Assim, para que ocorra o dever de indenizar é imprescindível ser a chance séria e real, já que a hipotética não é de caráter indenizatório.

No que tange ao *quantum debeat*, ou seja, ao valor do montante indenizatório, este não poderá ser equivalente ao da vantagem final esperada, pois o que se pretende indenizar não é o dano final e sim a “chance” perdida.

Diante de todas essas perspectivas, o presente trabalho monográfico constatou que a perda de uma chance é um dano experimentado pela vítima, no sentido de que foi impedida de obter uma vantagem ou de ter evitado um prejuízo futuro, em decorrência de ato omissivo ou comissivo do profissional advogado na atuação profissional. Assim, é mais do que um dano hipotético, é um benefício real que lhe foi tolhido.

Entretanto, como dito, para que se configure a responsabilização do advogado é imprescindível que a chance seja séria e real e não meramente hipotética, bem como existir nexo de causalidade entre o ato omissivo e o dano causado ao cliente para configurar o dever de indenizar.

Em que pese antiga e com pilares sólidos, a jurisprudência brasileira vem abrindo as portas para a teoria da perda de uma chance, atribuindo responsabilidades ao profissional do direito, a qual não era sequer cogitada até bem recentemente, de modo que sua aplicabilidade tem avançado muito, inclusive nos tribunais superiores. Mas, para isso, a análise do caso concreto é primordial, ou seja, somente numa situação real é que se poderá aferir se existem elementos para fazer com que o advogado tenha que indenizar seu cliente por uma conduta (comissiva ou omissiva) ou até mesmo porque seu trabalho tenha sido realizado com desídia.

Nesse sentido, a busca pela justiça incessante, que muitas vezes se confunde com a busca ao Poder Judiciário, merece uma atenção especial, a qual é dada pela teoria da perda de uma chance, pois tem como figura central a pessoa e a atividade do advogado, o qual, nos termos da Constituição Federal, é indispensável à justiça.

REFERÊNCIA

AMARAL, Pricilla; MELO, Thiago Chaves de. Perda de uma chance ganha espaço nos tribunais. *Consultor Jurídico*, 24 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-24/responsabilidade-perda-chance-ganha-espaco-tribunais>>. Acesso em: 08 mar. 2015.

ASSIS JR., Luiz Carlos de. A responsabilidade civil do advogado na teoria da perda de uma chance. *Revista UNIFACS*, Salvador, n. 128, p. 1-16, 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1418>>. Acesso em: 24 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Súmula 37*. Disponível em: <<http://www.lejgur.com/sumula/busca?tri=stj&num=37>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no REsp 1321606/MS. Rel.: Min. Antônio Carlos Ferreira. Quarta turma. Data: 23/04/2013. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=CIVIL+E+PROCESSUAL+CIVIL+EMBARGOS+DE+DECLARA%C3%87%C3%83O>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp: 788.459/BA*. 2005/0172410-9, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Data de Julgamento: 08/11/2005, T4 - Quarta Turma, Data de Publicação: DJ 13/03/2006 p. 334. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173792/recurso-especial-resp-788459-ba-2005-0172410-9>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70061616272*. Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Vicente Barrôco de Vasconcellos, Julgado em 18/03/2015. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/175671729/apelacao-civel-ac-70061616272-rs>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível 70025179458*. Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Rel. Des. Odone Sanguiné. Publicação em 13/01/2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

_____. Tribunal Superior de Justiça. *Recurso Especial 1.90.180/RS*. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Brasília (DF), 16/11/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000685378&dt_publicacao=22/11/2010>. Acesso em: 25 mar. 2015.

_____. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 08 mar. 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COSTA, Ana Claudia de Carvalho Domitilo. *A responsabilidade civil pela perda de uma chance nas relações de trabalho*. Disponível em: <<file:///C:/Users/Usuario%20Especial/Downloads/3011-11460-1-PB.pdf>>.

DIAS, Sérgio Novais. *Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance*. São Paulo: LTr, 1999.

DIZER O DIREITO. *Teoria da perda de uma chance*. Publicado em 03 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2013/07/teoria-da-perda-de-uma-chance.html>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

GOLDIM, Glenda Gonçalves. *A reparação civil na teoria da perda de uma chance* [recurso eletrônico]. São Paulo: Clássica, 2013.

LOPES, Rosamaria Novaes Freire. Responsabilidade civil pela perda de uma chance. *Direitonet*, 30 nov. 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3861/Responsabilidade-civil-pela-perda-de-uma-chance>>. Acesso em: 08 mar. 2015.

MARTINS, Hanna Antunes David Alves. Teoria da perda de uma chance: Reflexões Jurídicas acerca da responsabilidade civil na advocacia. *Omnia Humanas*, v. 4, n. 2, p. 76-93, 2011. Disponível em: <<http://www.fai.com.br/portal/ojs/index.php/omniahumanas/article/view/415>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

MARTINS, João Paulo Nery dos Passos. O advogado e sua responsabilidade civil. In: FERRAZ, Sérgio (Org.). *Ética na advocacia*. Brasília: OAB, 2004.

MELO, Raimundo Simão de. Indenização pela perda de uma chance. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, ano 5, n. 224. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1785>>. Acesso em: 08 mar. 2015.

SAVI, Sergio. *Responsabilidade civil por perda da chance*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

WANDERLEY, Naara Tarradt Rocha. *A perda de uma chance como uma nova espécie de dano indenizável*. Disponível em: <<http://www.fat.edu.br/saberjuridico/publicacoes/edicao09/convidados/A-PERDA-DE-UMA-CHANCE.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2015.

A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO NA PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

Suzéte da Silva Reis

Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Mestre em Direito – Área de Concentração Políticas Públicas de Inclusão Social, pela mesma Universidade. Membro dos Grupos de Pesquisa “Direito, Cidadania e Políticas Públicas” e “Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens”, ambos ligados ao PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professora de Direito do Trabalho no Curso de Graduação em Direito da UNISC. Professora de Cursos de Especialização em diversas instituições de ensino superior. Advogada.

Contato: sreis@unisc.br

Priscila de Freitas

Pós-graduanda em Direito Imobiliário, Notarial e Registral. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, membro dos Grupos de Pesquisa “Direito, Cidadania e Políticas Públicas” e “Intersecções jurídicas entre o público e o privado”, ambos ligados ao PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC.

Contato: pri_freitas02@hotmail.com

Resumo:

A Constituição Federal de 1988 consagrou o trabalho como um dos direitos fundamentais sociais, e, para garantir a sua efetivação, estabeleceu um conjunto de princípios e garantias a ser observado. É a partir da efetivação do direito ao trabalho que trabalhadores e trabalhadoras passam a integrar o sistema produtivo e a participar, de forma mais ativa, da produção de bens e serviços. O mesmo texto constitucional traz em seu bojo o princípio da solidariedade, que é de significativa relevância para o ordenamento jurídico brasileiro. A garantia de um trabalho digno, remunerado adequadamente e exercido em condições que respeitem a saúde e a segurança é requisito essencial para a consecução desse direito fundamental. Nessa perspectiva, o princípio da solidariedade assume grande relevância. O presente trabalho visa, portanto, analisar o direito fundamental ao trabalho a partir do princípio da solidariedade.

Palavras-chave: Direito ao trabalho. Direitos fundamentais. Princípio da solidariedade.

1 INTRODUÇÃO

Como resultado das transformações que ocorreram nas últimas décadas nas relações sociais, políticas e econômicas, também o direito e sua interpretação sofreram alterações. A consagração dos direitos fundamentais pelos textos constitucionais contemporâneos implicou uma nova hermenêutica.

O princípio da supremacia do interesse público, com isso, exige uma nova leitura, com a observância do que dispõem o catálogo dos direitos fundamentais e seu conteúdo axiológico. No entanto, os direitos fundamentais também não podem ser considerados como absolutos

frente ao interesse público. É a partir do equilíbrio e da ponderação entre esses interesses que deve estar pautada a interpretação do ordenamento jurídico.

Consoante a Constituição Federal de 1988, o direito fundamental ao trabalho consta como direito social, sendo assim correlacionado com o princípio da solidariedade, tendo em vista encontrar-se no Capítulo II (Dos Direitos Sociais) da carta magna. Nesta linha, salienta-se que a solidariedade busca assegurar o bem de todos, deixando de lado o individualismo e visando ao bem-estar da coletividade.

As normas trabalhistas surgiram com a necessidade de a coletividade, nesse caso, trabalhadores, passarem a ter seus direitos protegidos, proibindo os empregadores de utilizarem, de modo exaustivo e mal remunerado, a mão de obra dos funcionários.

Para a elaboração do presente artigo, com o que se pretende analisar a efetivação do direito fundamental ao trabalho na perspectiva do princípio da solidariedade, foi utilizado o método dedutivo e como técnica de pesquisa foi adotada a pesquisa bibliográfica.

2 A DESCODIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E OS MICROSSISTEMAS JURÍDICOS

O processo de codificação do direito foi em decorrência da insurgência contra a atuação do Estado na vida dos cidadãos. A queda do Regime Absolutista cedeu espaço aos valores do individualismo, da liberdade, da igualdade e da autonomia privada. A edição do Código Civil marcou a supremacia da lei e do individualismo, na medida em que se propunha a regular todas as possíveis situações de conflito decorrentes das relações entre os indivíduos.

Durante o século XIX e início do século XX, os códigos tinham como valor fundamental a liberdade individual. O Estado não tinha qualquer ingerência no âmbito das relações ou da esfera privada dos indivíduos.

No entanto, as desigualdades materiais que foram se acentuando, especialmente no período pós-revolução industrial, passaram a exigir do Estado a adoção de uma posição mais intervencionista, no sentido de assegurar, além da igualdade formal, também a igualdade material. Com isso, além de garantir a segurança e a ordem, o Estado passou a ter que intervir nas relações privadas e na economia.

Durante longo período, os códigos permaneceram como a fonte primeira do ordenamento jurídico. No entanto, Lorenzetti (1998) refere que, pouco a pouco, os códigos perderam a sua centralidade na medida em que passaram a dividir sua existência com outros códigos e com microssistemas jurídicos, como o da empresa, de proteção ao consumidor, da responsabilização civil, do direito ambiental, entre outros. Para o autor, “os códigos perderam a sua centralidade, porquanto esta se desloca progressivamente. O Código é substituído pela constitucionalização do Direito Civil, e o ordenamento codificado pelo sistema de normas fundamentais” (LORENZETTI, 1998, p. 45).

Em inúmeras situações, a codificação não é suficiente e nem a mais apropriada para atender às demandas decorrentes das mudanças que ocorrem na sociedade:

[...] a noção de cidadão, de origem francesa, surge para suprimir desigualdades provenientes da distinção entre a realeza e as classes inferiores. Esta noção abstrata serviu para regular as relações privadas com igualdade. O Código já não cumpre essa função. O cidadão, quando compra, é regido pelas leis de consumo, que diferem do Código. Se trabalha, pelas leis trabalhistas; se comercializa, pelas leis comerciais. Ao vincular-se ao Estado, pelo Direito Administrativo. (LORENZETTI, 1998, p. 53)

Assim, aos poucos, os códigos “vão se despindo da absoluta hegemonia que antes gozavam na regulamentação das atividades privadas” (SARMENTO, 2010, p. 38), caracterizando a chamada Era da Descodificação. O princípio da proteção das liberdades individuais começa a ser relativizado e novos direitos passam a ser reconhecidos, tanto por lei e quanto por textos constitucionais. A partir disso, passa-se a exigir, cada vez mais, prestações positivas por parte do Estado, no sentido de oferecer os serviços públicos (SARMENTO, 2010).

As oscilações econômicas e as exigências do Estado Social, reivindicando cada vez mais prestações estatais, impuseram uma nova alteração e um repensar do papel do Estado, que passou a ser visto como ineficiente (SARMENTO, 2010). Como isso, inicia-se o processo de delegar ao privado a execução de alguns serviços públicos.

Outros fatores contribuíram para esse processo:

[...] o processo de globalização econômica, impulsionado pelos exponenciais avanços tecnológicos no campo das comunicações e de in-

formática, não só encurtou distâncias e diluiu fronteiras como também fragilizou o Estado, que tem cada vez menor capacidade para condicionar soberanamente a atuação das forças presentes no seu território. Neste contexto, os poderes privados se fortaleceram, sobretudo as grandes empresas transnacionais, que operam em todo o mundo muitas vezes fora do alcance da soberania dos Estados nacionais, principalmente dos periféricos. (SARMENTO, 2010, p. 40)

A ideia de um código, enquanto uma totalidade que se expressava em um conjunto de conceitos e proposições, logicamente concatenadas entre si e formando uma unidade perfeita e acabada, que se autorreferencia de modo absoluto, conforme define Martins-Costa (1991), começa a perder força.

Nessa perspectiva,

[...] o Direito pode ser pensado, aplicado e interpretado como ordem de referência apenas relativa, sensível à interpenetração de fatos e valores externos, consubstanciando permanente discussão de problemas concretos, para cuja resolução se mostra adequado não o pensamento lógico, mas o problemático, onde a base do raciocínio está centrada na compreensão axiológica ou teleológica dos princípios gerais do Direito. (MARTINS-COSTA, 1991, p. 47-48)

Tepedino (2001) destaca que a intensificação do processo legislativo e a extração de matérias inteiras do seu âmbito contribuíram para que Código Civil fosse, aos poucos, perdendo sua função de normatização do direito comum. A legislação passou a se preocupar não apenas com a tipificação de novas figuras do direito civil. Na verdade, passou a tratar de matérias específicas, não somente regulando e ditando normas de direito material, mas também editando normas processuais e regras interpretativas. A isso o autor denomina de era dos estatutos.

A necessidade de intervenção estatal para assegurar a igualdade material e a edição das leis especiais para tratamento de matérias específicas dentro do ordenamento jurídico também foram fatores que contribuíram para tornar ainda mais tênue a linha divisória entre o direito público e o direito privado.

A observância dos direitos fundamentais, limitando as condutas e as relações privadas, implicou considerar que a própria autonomia da vontade também é um direito fundamental. E, como tal, não pode ser relegada ao esquecimento.

Nesse sentido, é preciso considerar que “a autonomia privada também é uma dimensão relevante da dignidade humana, e os direitos fundamentais não podem converter-se contra eventuais recalcitrantes” (SARMENTO, 2010, p. 48). Com isso, a dicotomia entre público e privado torna-se ainda mais nebulosa.

Entretanto, como assevera Tutikian (2004, p. 50), para que “a autonomia privada e a liberdade sejam justificadas e preservadas, se faz necessário intervenção no âmbito interprivado e contratual, a fim de assegurar, em certa medida, o respeito aos direitos fundamentais”.

A perda da capacidade normativa do Código Civil, com a edição de um conjunto de leis autônomas, caracteriza um polissistema. Ou, como refere Tepedino (2001), essas leis autônomas constituem o que também se denomina de microssistemas.

Apesar de uma aparente fragmentação da realidade jurídico-normativa, na verdade, não é o que ocorre. A edição de estatutos e de legislações específicas, constituindo os chamados microssistemas, não afeta a segurança jurídica, na medida em que eles estão em consonância com as normas constitucionais.

Todas as mudanças sociais, políticas e econômicas geraram novas demandas, que, por sua vez, exigiram novas regulações. Com isso, foram editadas legislações especiais para promover a regulação de temas específicos dentro do ordenamento jurídico. Dentre elas, pode-se citar a legislação trabalhista, anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, assim como as do período pós-Constituição, como a consumerista, a Lei dos Direitos Autorais, a Lei de Propriedade Industrial, a Lei de Recuperação Judicial das Empresas, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso e mais recentemente o Estatuto da Juventude.

O microssistema de proteção ao consumidor é um exemplo. A edição da Lei 8.078/90, em atenção ao disposto no artigo 48 da Constituição Federal de 1988, retirou da tutela do Código Civil a matéria pertinente às relações consumeristas. O respeito à autonomia privada quando da celebração dos contratos, enquanto atos de vontade das partes, passou a ser considerado a partir de outra perspectiva, que é a da proteção.

Lorenzetti (1998, p. 47) diz que o direito de proteção aos consumidores “instala uma ordem protetiva que derroga o princípio geral da igualdade dos cidadãos” e inverte o princípio do efeito relativo do contrato, estabelecido pelo Código Civil.

Para o autor,

O Direito Civil estabeleceu o princípio do efeito relativo do contrato. O Direito do Consumidor o destruiu, ao sugerir a responsabilidade por danos ao fabricante, ao distribuidor, ao atacadista, ao titular da marca, que não celebraram nenhum contrato com o consumidor; como ocorre na Lei brasileira, 8.078/90. Da mesma forma se concedem ações ao consumidor, ao usuário, a membros do grupo familiar, às associações de consumidores, que tão pouco tiveram vínculos convencionais prévios. (LORENZETTI, 1998, p. 48)

Essa nova ordem, estabelecida pela legislação de proteção ao consumidor, alterou completamente a regra até então estabelecida pelo Código Civil e pelo direito comum, na qual apenas as partes que pactuaram as condições do contrato é que teriam a prerrogativa de questionar a sua validade ou a sua interpretação.

Também no ano de 1990, outro conjunto normas jurídicas protetivas foi editado. A Lei 8.90/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – retirou no âmbito do Código Civil uma série de institutos, colocando-os juntamente com novas disposições num único instrumento, com vistas a salvaguardar os direitos das crianças e adolescentes.

Dotado de um conjunto de princípios que orientam toda a sua interpretação, e atendendo aos preceitos constitucionais de proteção integral e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, o Estatuto da Criança e do Adolescente promoveu uma alteração completa na tutela dos interesses do grupo que se dispunha a proteger.

Da mesma forma como a legislação trabalhista (CLT) e consumerista, o Estatuto da Criança e Adolescente ordenou um microssistema jurídico, dotado de normas, de direito material e processual, próprias. Além disso, previu a responsabilização, inclusive do ente público, elencando as situações que a ensejam, bem como a sanção a ser aplicada em cada caso. Ademais, estabeleceu previsão, tanto de ordem administrativa quanto criminal, para os casos de descumprimento das disposições previstas.

Por outro lado, retirou matérias inteiras do âmbito do Código Civil, como é o caso da adoção, poder familiar e outros institutos que dizem respeito aos direitos das crianças e dos adolescentes.

Além disso, implicou a adoção de uma nova hermenêutica, também com assento constitucional, no qual todos os direitos e deveres, tanto para

as crianças e adolescentes, quanto para suas famílias, sociedade civil e poder público, devem ser compreendidos.

Esses três exemplos, traduzidos em estatutos ou em consolidação de leis, demonstram que o Código Civil foi, aos poucos, perdendo sua centralidade na normatização. Entretanto, outras legislações esparsas, também com o intuito de proteger determinados segmentos específicos, retiram matérias inteiras da esfera de regulação do Código Civil e de outros Códigos que detinham a centralidade na regulação da matéria.

Uma delas é a Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, que trata da violência doméstica cometida contra mulheres. Os agressores passam a ser responsabilizados a partir dos dispositivos dessa legislação e não mais pelo que dispõe o Código Penal brasileiro, tal qual ocorre nos demais casos de lesões ou agressões físicas, ou até mesmo de ameaças de lesão ou agressão.

A extração da matéria da esfera de regulação do Código Penal, inclusive com a previsão de sanções diversas daquelas estatuídas pelo código penalista para os casos de ameaças ou de lesões físicas ou psicológicas, demonstra a força normativa do regramento específico.

No âmbito privado, as Leis 9.609 e 9.610, ambas de 1998, que regulam a propriedade intelectual e os direitos autorais respectivamente, também se configuram em microssistemas jurídicos, na medida em que regulam toda a matéria pertinente aos direitos tutelados pelas referidas legislações.

As relações, de âmbito privado, visam à proteção dos autores em relação às suas criações, inventos e modelos de utilidade. Da mesma forma, protegem os direitos que lhe são conexos, assegurando a mais ampla proteção e garantia de efetividade.

Ainda no âmbito privado, a Lei 11.101/05, disciplina a recuperação judicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, retirando toda a regulação acerca da matéria da esfera do Código Civil.

Além desses microssistemas, são relevantes a Lei 10.741/03, que cria o Estatuto do Idoso, a Lei 10.671/03, que cria o Estatuto do Torcedor, e a Lei 12.852/13, que cria o Estatuto da Juventude.

Os microssistemas jurídicos, ao retirarem do âmbito dos códigos a regulação de determinados direitos não são, todavia, e apesar da autonomia que possuem, completamente dissociados do conjunto normati-

vo geral. A observância dos princípios gerais e das inter-relações que se estabelecem entre os diversos ramos do direito assegura a unidade do sistema jurídico.

A edição da legislação avulsa decorre da pressão de grupos particulares que passam a exigir a edição de uma legislação que atenda e proteja os seus interesses. Com isso, o Código Civil perde a centralidade enquanto única fonte do direito.

Por outro lado, Tepedino (2001, p. 4) refere que

[...] tais leis desafiam o civilista, já que possuem características inteiramente diversas da legislação codificada, a começar pela técnica peculiar, por meio de expressões setoriais, não guardando o caráter universal e a precisão linguística de outrora. Afinal, se o idioma agrega, a cada dia, termos do cotidiano, nada mais natural que as novas situações jurídicas, sempre mais especializadas, sejam disciplinadas por expressões – quando não jargões – colhidas na mutante realidade social.

A utilização de uma linguagem própria, desvinculada, muitas vezes, do formalismo do Código Civil, também contribui para demonstrar a autonomia da legislação esparsa e para reafirmar a efetivação daqueles direitos tutelados por ela.

Para Tepedino (2001), a segurança jurídica não fica comprometida. Primeiro, porque a ideia de segurança é um conceito próprio do século passado. Segundo, porque contemporaneamente as demandas sociais impõem atos normativos de fugacidade e variabilidade. Em face da ausência de parâmetros homogêneos e estanques para interpretação das normativas, novos estatutos e novos regramentos são necessários para assegurar a segurança.

A edição da legislação difusa visa suprir a impossibilidade de regulamentação de todas as situações que vão surgindo por um único instrumento normativo, como o Código Civil. Da mesma forma, busca proteger os direitos de determinados grupos ou segmentos hipossuficientes.

Aliado a isso, a perspectiva constitucional, assentada em princípios e valores que se irradiam por todo o ordenamento jurídico, contribui para o fortalecimento das leis específicas, que possuem seus próprios princípios e suas próprias regras de interpretação, encerrando um conjunto de valores próprios para determinada matéria jurídica.

Na verdade,

[...] os ordenamentos setoriais ou seccionais vieram a constituir instituto de crescente valia quando o Estado verificou a importância dos seus mecanismos regulatórios tradicionais. Não era mais possível atuar satisfatoriamente sem encarar com agilidade e conhecimentos técnicos específicos a emergente realidade socioeconômica multifacetária com a qual este passara a se deparar. (ARAGÃO, 2010, p. 17)

Além disso, Aragão (2010, p. 22) refere que

[...] não há como negar que, hoje, temos vários grupos ou centros de poder, públicos, semipúblicos ou privados, dotados de autonomia, atuando dentro ou paralelamente à estrutura do Estado, levando ao franco declínio o modelo de organização centralizado e surgido com a modernidade.

Para o autor, a necessidade de especialização técnica dos aparatos administrativos setoriais fez com que alguns setores fossem retirados da esfera de administração estatal, passando a ser organizados e regulados por entidades coletivas dotadas de autonomia. Isso se observa particularmente na esfera da regulação econômica. Os ordenamentos setoriais

[...] incidem sobre os indivíduos ou empresas que pretendem desenvolver determinada atividade e que, para tanto, necessitam de um prévio ato ou contrato administrativo que as habilite, tais como autorizações, licenças, permissões e concessões. (ARAGÃO, 2010, p. 31)

Esses segmentos, assim como os microssistemas, não estão fora ou desligados do ordenamento jurídico. A sua autonomia limita-se pelos interesses gerais da coletividade e pelas normativas de ordem geral, bem como devem respeitar os princípios constitucionais, especialmente o princípio da dignidade humana e os direitos fundamentais.

3 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

O termo solidariedade deriva do termo latino *solidarium*, que decorre de *solidum*, *soldum*, que significa inteiro, compacto (NABAIS, 2005). Nos dicionários, a definição de solidariedade diz respeito ao sentimento que leva os homens a ajudarem-se mutuamente.

O conceito de solidariedade implica a renúncia de parte das vantagens pessoais, em nome do bem da coletividade. Nesse sentido, as origens da solidariedade remontam à origem da humanidade:

Podemos dizer que, descontadas algumas manifestações constantes, primeiro, da declaração de direitos da (rejeitada) constituição girondina, e depois da declaração de direitos da constituição jacobina, em que as exigências da solidariedade se apresentavam já claramente afirmadas, a idéia da solidariedade apenas vai ser (re)descoberta no dobrar do século XIX para o século XX, através duma espécie de frente comum formada sobretudo por teóricos franceses, em que encontramos economistas como Charles Gide, sociólogos como Émile Durkheim e juristas como Léon Duguit, Maurice Hauriou e Georges Gurvitch. (NABAIS, 2005, p. 110-111)

No Brasil, o princípio da solidariedade está consagrado expressamente na Constituição Federal de 1988. O Título I – Dos Princípios Fundamentais, em seu artigo 3º, inciso I, assim estabelece:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Para Sarmiento (2005, p. 295), o comando constitucional expresso no artigo 3º irradia-se por todo o ordenamento jurídico:

Assim, é possível afirmar que, quando a Constituição estabelece como um dos objetivos fundamentais da República brasileira “construir uma sociedade justa, livre e solidária”, ela não está apenas enunciando uma diretriz política desvestida de qualquer eficácia normativa. Pelo contrário, ela expressa um princípio jurídico, que, apesar de sua abertura e indeterminação semântica, é dotado de algum grau de eficácia imediata e que pode atuar, no mínimo, como vetor interpretativo da ordem jurídica como um todo.

Ao longo do texto constitucional, outras disposições resguardam esse princípio. É o caso do artigo 194, que trata da seguridade social, dispondo: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. Também

é o caso do artigo 195, que dispõe sobre as regras de financiamento da seguridade social.

O princípio da solidariedade, enquanto um dos princípios gerais do direito previdenciário, impõe que, além dos direitos e liberdades, os indivíduos também têm deveres para com a comunidade na qual estão inseridos.

Assim, Martinez (2001) leciona, em relação aos princípios previdenciários, que a contribuição é feita pela sociedade. Porém, quem recebe a prestação é o ser humano que a usufrui. Mesmo a individualização do contribuinte, no ato da contribuição, não vincula cada uma das contribuições a cada um dos percipientes. O fundo de recursos é anônimo e o número de beneficiários é determinável.

A solidariedade entre os membros da sociedade é a base do sistema previdenciário. Assim, se a noção de “bem-estar coletivo repousa na possibilidade de proteção de todos os membros da coletividade, somente a partir da ação coletiva de repartir os frutos do trabalho, com a cotização onde cada um em prol do todo, permite a subsistência de um sistema previdenciário” (CASTRO; LAZZARI; KRAVCHYCHYN, 2011, p. 50).

Outro dispositivo constitucional que trata do princípio da solidariedade é o artigo 241, que estabelece que a “União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”.

O desenvolvimento de ações conjuntas para a gestão dos serviços, envolvendo os entes estatais e os entes privados, tem o objetivo de desenvolver ações conjuntas que garantam o interesse coletivo.

O artigo 145 da Constituição Federal de 1988, que trata da instituição dos tributos, em seu § 1º, estabelece: “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente, 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.”

Novamente se vislumbra com clareza o princípio da solidariedade, na medida em que o dispositivo estabelece que deve ser observada a capacidade econômica do contribuinte. Assim, aqueles que ganham mais,

pagam mais. Com isso, compensam aqueles que pagam pouco ou que não dispõem de condições econômicas para contribuir.

Ao longo do texto constitucional, outros artigos fazem menção à solidariedade: o artigo 196, ao dispor que a saúde é direito de todos e dever do Estado; o artigo 203, que trata da assistência social e dispõe que ela será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuições à seguridade social; o artigo 205, ao determinar que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família e será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade; o artigo 227, estabelecendo que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão; e o artigo 230, que trata da proteção e amparo ao idoso, estabelecendo a responsabilidade à família, à sociedade e ao Estado.

Assim, de acordo com o princípio da solidariedade, tanto a atuação do Estado quanto a atuação dos particulares devem estar em consonância com os valores que esse princípio encerra. Desse modo, o princípio da solidariedade vincula Estado e sociedade civil.

Mello (2005) refere que o princípio da solidariedade representa um mandamento nuclear do sistema normativo. Desse modo, ele representa um critério balizador para o intérprete e para o aplicador do Direito.

Isso porque, a solidariedade se constitui no fundamento da República e significa “redistribuição, não apenas daquilo que se adquire, segundo o fluxo produtivo ano por ano, mas também das situações adquiridas” (PERLINGIERI, 2008, p. 15-16).

Em relação à sociedade civil, tem-se que a solidariedade sempre esteve presente no seio das relações sociais, por duas razões:

- 1) uma, concretizada na atuação espontânea dos indivíduos e grupos sociais, que nunca deixaram de atuar socialmente, mesmo quando o Estado Social, apoiado no seu crescimento constante, chegou a julgar-se capaz de realizar todos os anseios dos seus cidadãos e substituir por inteiro a sociedade civil; 2) outra, expressa na solicitação e empenhamento do próprio Estado que, reconhecendo a sua incapacidade, mesmo quando atingiu a forma superlativa do Estado Social, isto é, o Estado de Bem-estar, se voltou para a sociedade civil. (NABAIS, 2005, p. 116)

A realização da solidariedade social capaz de efetivar os direitos sociais e assegurar a justiça e a igualdade, tal qual expressamente previsto no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, requer a adoção de mecanismos eficazes para dar concretude a esse princípio.

Os processos históricos de mudança, considerando-se as questões sociais, políticas e econômicas, são determinantes para a consecução, ou não, dos direitos fundamentais. O princípio da solidariedade surge “para otimizar esse processo de integração, no qual para cada um é dado o que lhe é de direito, porém, na medida das finalidades constitucionais previstas” (REIS; FONTANA, 2011, p. 134).

O novo cenário constitucional requer a concretização das garantias fundamentais sociais, bem como a garantia de um espaço solidário na rotina das relações sociais. O direito de solidariedade é um conjunto de práticas jurídicas, dotadas de um espaço valorativo, normativo e cognitivo. A solidariedade decorre das práticas interventivas dos conflitos sociais (REIS; FONTANA, 2011).

Para Canotilho (2002), o conceito de solidariedade guarda proximidade com o conceito de fraternidade, porém não se confunde com ele. No entanto, é possível situar a solidariedade na esfera dos direitos de terceira dimensão, com os quais tem uma relação muito próxima.

Nesse sentido, observa-se que

[...] a partir da década de 60, começou a desenhar-se uma nova categoria de direitos humanos vulgarmente chamados direitos da terceira geração. Nesta perspectiva, os direitos do homem reconduzir-se-iam a três categorias fundamentais: os direitos de liberdade, os direitos de prestação (igualdade) e os direitos de solidariedade. Estes últimos direitos, nos quais se incluem o direito ao desenvolvimento, o direito ao patrimônio comum da humanidade pressupõe o dever de colaboração de todos os estados e não apenas o actuar activo de cada um e transportam uma dimensão colectiva justificadora de um outro nome dos direitos em causa: direitos dos povos. Por vezes, estes direitos são chamados direitos de quarta geração. (CANOTILHO, 2002, p. 386)

As origens da solidariedade social estão relacionadas à atuação solidária dos indivíduos, com o intuito de se auxiliarem mutuamente, garantindo assim, as condições mínimas de sobrevivência de todos. Em determinados momentos, foi menos perceptível, noutros, mais acentuado. No

entanto, não se confunde com a fraternidade, que não encontra amparo ou previsão normativa e que decorre simplesmente da vontade ou do compromisso moral do indivíduo para com os seus pares sociais.

O princípio da solidariedade consolida a minimização da dicotomia entre o direito público e o direito privado nas sociedades modernas. Originária do direito público, a solidariedade migrou para o direito privado, buscando assegurar o atendimento das necessidades de todos os membros da coletividade, mesmo que, como consequência disso, alguns tivessem a incumbência de contribuir mais do que outros.

Para compreender a solidariedade na modernidade, é preciso compreender os elementos que são relevantes para a construção do seu significado. Dentre eles, Domingues (2002) destaca o amor, as relações familiares, as relações sociais, a cidadania. Especialmente em relação à última, refere que é ela que garante a igualdade e a liberdade igualitária, pois implica a equivalência e o intercâmbio abstrato de pessoas.

Adotando como pressuposto uma visão sociológica, Domingues (2002) resgata a importância da distinção dos conceitos de solidariedade mecânica e orgânica, valendo-se das contribuições de Durkheim acerca do assunto. Para o autor, a solidariedade mecânica contava com uma

[...] tênue distinção entre o indivíduo e a consciência coletiva (coercitiva), especialmente na medida em que todos os indivíduos eram muito similares uns aos outros, cumprindo o mesmo papel na divisão do trabalho social em sociedades segmentárias. (DOMINGUES, 2002, p. 174)

Ao contrário da solidariedade mecânica, a solidariedade orgânica é fruto da diferenciação de papéis sociais, “a partir da qual a diferenciação da consciência individual se desenvolvia (sem jamais eliminar aspectos estruturais segmentários)” (DOMINGUES, 2002, p. 174). A atribuição de papéis sociais diferenciados no mundo do trabalho conduzia à individualização, que correspondia a uma regressão da consciência coletiva.

Domingues (2002, p. 186) defende que

[...] a solidariedade é aqui percebida como referindo-se a processos sociais específicos, por meio dos quais os indivíduos e as coletividades são reconhecidos socialmente em seus direitos e deveres justos perante outros indivíduos e coletividades; isto é, ela define, de formas extremamente variadas, o pertencimento de tais indivíduos

e coletividades a um todo mais inclusivo. A solidariedade pode ser atingida por caminhos distintos e possui aspectos imaginários bem como institucionais, os quais ora se reforçam, ora podem estar em conflito uns com os outros.

A solidariedade, portanto, tanto pode decorrer do sentimento de pertencimento e de responsabilidade para com a coletividade, ou, na ausência desse sentimento, pode ser imposta pelo Estado, visando assegurar o bem comum de todos.

Sarmiento (2005, p. 297) ressalta que o direito não tem como impor às pessoas as virtudes da generosidade e do altruísmo, como requer o princípio da solidariedade em seu âmago. O direito não tem como ditar os sentimentos, mas “se ele não pode obrigar ninguém a pensar ou a sentir de determinada forma, ele pode, sim, condicionar o comportamento externo dos agentes, vinculando-os a obrigações jurídicas”.

Seguindo tal pensamento, tem-se que, na medida em que as pessoas se “vêm como parte de um mundo social compartilhado ou se vêm como vivendo em suas beiras ou talvez como de todo excluídas dele, não se acompanha da ordem como uma construção social [...]” (DOMINGUES, 2002, p. 187). A solidariedade está relacionada, portanto, com os valores sociais e com as normas que sustentam determinadas sociedades.

A solidariedade decorre da responsabilidade que os membros da coletividade têm em relação aos demais. Na maioria das sociedades, a célula básica da solidariedade é a família, pois está assentada na ajuda mútua e no suporte material e emocional. A centralidade da família contrasta com o papel lateral que é desempenhado por outros relacionamentos, como os de amizade. Contudo, o descentramento da família que é percebido na atualidade, e a conseqüente diversidade de arranjos sociais, contribuiu para a crescente complexidade da vida social (DOMINGUES, 2002).

A amizade, com seus diversos graus de intensidade, é um dos laços fortes nos quais a solidariedade pode se manifestar. O caráter seletivo e discreto das amizades contribui para o fortalecimento dos vínculos e o surgimento de novas acepções de responsabilidade (DOMINGUES, 2002).

Para Domingues (2002), o desenvolvimento da modernidade pode ser resumido em três fases: a modernidade liberal, quando a família nuclear era o cerne da solidariedade social; a modernidade organizada estatalmente, na qual os direitos sociais eram o veículo privilegiado da

solidariedade social; e a terceira fase em que, segundo o autor, os desdobramentos estão em progresso.

Em relação a essa fase, o autor afirma:

A fase atual, a terceira, da modernidade, que chamei de “articulada mista”, acha-se aberta às lutas sociais e à intervenção de diferentes agentes, de indivíduos e subjetividades coletivas. Seus contornos futuros precisos ainda estão se delineando e dependerão, portanto, do resultado daquelas lutas, bem como em parte de nossa correta compreensão do que ocorre hoje e pode emergir adiante. (DOMINGUES, 2002, p. 238)

No contexto das relações e da convivência social, os seres humanos necessitam uns dos outros. Desse modo, a solidariedade implica justamente o reconhecimento dessa relação de pertencimento e de interdependência, assim como o fortalecimento do senso de responsabilidade de uns para com os outros.

Todavia, em alguns casos, não é o que ocorre. Assim, sempre que necessário, o ordenamento jurídico determinará, por meio de regulação, que o princípio da solidariedade seja observado. Com isso, busca assegurar a justiça social e o bem comum, estabelecendo os vínculos de solidariedade necessários para a consecução desses valores.

4 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO NA PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

Um dos primeiros microsistemas a serem constituídos englobou as normas relativas ao direito do trabalho. Em 1943, toda a legislação esparsa que tratava dos direitos e da proteção dos trabalhadores foi reunida num único documento jurídico, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

Apesar de não ser um código, mas sim uma consolidação de leis, a CLT agregou em seu bojo um conjunto de princípios que passaram a servir de base interpretativa para as normas de direito material. Da mesma forma, a consolidação de leis trabalhistas sistematizou as normas processuais pertinentes à matéria.

Desse modo, todo o conteúdo referente às relações trabalhistas passou a ser disciplinado pelas normas que compunham esse microsistema.

Sendo um direito principiológico, o direito do trabalho e as normas insculpidas na consolidação de leis trabalhistas, quando da promulgação da Constituição Federal em 1988, boa parte dos seus dispositivos adquiriram força de preceitos constitucionais.

Mais tarde, em 2004, a Emenda Constitucional 45 promoveu mais uma alteração e retirou toda a matéria sobre as relações de trabalho e emprego que ainda eram remanescentes no Código Civil. Desse modo, o direito do trabalho, apenas em caso de omissão, utiliza-se da legislação civilista para resolução dos seus conflitos.

Adentrando para o aspecto mais principiológico do direito do trabalho, tem-se que ele se trata de direito social, sendo tais direitos definidos por Moraes (2011, p. 206) como

[...] direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras *liberdades positivas*, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

Importante é o que trazem Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2012) ao abordarem a conexão que o direito do trabalho possui com demais direitos fundamentais, em que é reforçada a tese da sua interdependência e indivisibilidade, exemplificando com o artigo 7º, IV, da CF, o qual aborda a garantia salarial digna, ou seja, que o trabalhador deve receber quantia suficiente para assegurar condições para seu bem-estar e o de sua família.

Seguem tais autores explanando que, compreendido como direito fundamental, o direito do trabalho possui duas funções: uma positiva e outra negativa, sendo que ambas se enquadram no princípio da solidariedade.

Na sua função positiva, o direito ao [...] certamente se traduz na exigência (no dever constitucional) de promover políticas de fomento da criação de empregos (postos de trabalho), de formação profissional e qualificação do trabalhador, entre outras tantas que poderiam ser referidas e que são veiculadas por lei ou programas governamentais ou mesmo no setor privado. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 603)

Enquanto que na função negativa, tem-se a proteção ao trabalhador, que se divide em normas que trazem direitos, liberdades e garantias, além

de regras e princípios organizacionais e procedimentais, em que são trazidas vedações para o empregador, como a proibição de discriminação, direito a salário mínimo, dentre outras (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012).

Fazendo crítica no que tange à eficácia e efetividade das normas que definem os direitos e garantias do trabalhador, os autores fazem ressalvas, apontando casos controversos que estão sendo observados pela doutrina e jurisprudência.

Cuida-se, em geral, de situações nas quais a Constituição Federal remete expressamente ao legislador infraconstitucional e onde o reconhecimento de uma aplicabilidade imediata, em especial para atribuição de posições subjetivas não previstas em lei e que ultrapassem eventuais patamares mínimos expressamente estabelecidos no plano constitucional encontra forte resistência, inclusive pelos riscos em termos de segurança jurídica e tratamento isonômico, além dos impactos sobre a economia pública e privada. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 604)

A efetivação do direito fundamental ao trabalho, em sua acepção mais ampla, ainda encontra obstáculos, tendo em vista a inobservância aos princípios constitucionais e princípios específicos do direito laboral, bem como em decorrência da inobservância do princípio da solidariedade.

5 CONCLUSÃO

As codificações que ocorreram no decorrer da história demonstram que houve a necessidade de postulação dos direitos em normas escritas. Percebe-se também que, conforme os diferentes períodos na história, a legislação procurou se adequar aos acontecimentos sociais e, assim o sendo, passou de não intervenção estatal para um período no qual surgiu a necessidade da intervenção do Estado nas relações entre os particulares.

Se, num primeiro momento, as relações entre os particulares eram regidas tão somente pelas cláusulas estipuladas nos contratos, gerando toda sorte de abusos, com o passar do tempo o Estado passou a intervir nessas relações, buscando assegurar equilíbrio e igualdade, ainda que formal, entre as partes.

O processo de descodificação e de criação de microssistemas jurídicos, como o direito do trabalho, o direito da criança e do adolescente e o direito do consumidor, possibilitou que a proteção e as garantias de

efetividade desses direitos fossem potencializadas. A partir disso, com a criação de normas próprias para regular as relações específicas entre os particulares, o Estado passou a assumir um protagonismo maior e a intervir de forma mais enfática na garantia desses direitos.

O direito fundamental ao trabalho, elencado pela Constituição Federal de 1988, está assegurado juntamente com os demais direitos sociais. Para sua plena efetivação, contudo, é necessário que sejam observados os princípios que orientam esse ramo especializado do direito, bem como os princípios constitucionais, destacando-se, dentre eles, o princípio da solidariedade.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “Supremacia do Interesse Público” no advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 3ª tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

_____. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista; KRAVCHYCHYN, Gisele Lemos; KRAVCHYCHYN, Jefferson Luís. *Prática Processual Previdenciária*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

DOMINGUES, José Maurício. *Interpretando a modernidade: imaginário e instituições*. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do Direito Privado*. Trad. Vera Maria Jacob Fradera. São Paulo: RT, 1998.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. 4. ed. São Paulo, LTr, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do Sistema Jurídico. *Revista de informação legislativa*, v. 28, n. 112, p. 13-32, out./dez. 1991 Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/175932>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. In: Greco, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra (Coords.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

REIS, Jorge Renato dos; FONTANA, Eliane. Direitos Fundamentais sociais e a solidariedade: notas introdutórias. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Orgs.). *Direitos Sociais & Políticas Públicas: Desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011. Tomo 11.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca10.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

TUTIKIAN, Cristiano. Sistema e codificação: o Código Civil e as Cláusulas Gerais. In: ARONNE, Ricardo (Org.). *Estudos de Direito Civil: Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. v. 1.

A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO AUTORAL FRENTE ÀS NOVAS TECNOLOGIAS EM REDE – INTERNET

Fernanda Brandt

Mestranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) - bolsista CAPES. Pós-graduada no Novo Código de Processo Civil (UNISC). Membro do Grupo de Estudos “Interseção Jurídica entre o Público e o Privado”, vinculado ao PPGD da UNISC. Advogada atuante.

Contato: fernandabrandt.adv@globomail.com

Tatiane de Fátima da Silva Pessoa

Mestranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Graduada em Letras – Licenciatura – habilitação português (UFSM). Membro do Grupo de Estudos “Interseção Jurídica entre o Público e o Privado”, vinculado ao PPGD da UNISC.

Contato: tatianepessoa@gmail.com

Resumo:

Cabe a responsabilidade civil por publicações na internet? O estudo do direito autoral no Brasil enfrenta o desafio da influência das novas tecnologias da sociedade de informação, principalmente quando se detém a análise dos casos por responsabilidade civil das obras publicadas na internet. Advém uma colisão de direitos fundamentais, que deve se socorrer à técnica da ponderação. Assim, no caso da liberdade de expressão *versus* privacidade, sob a perspectiva do direito autoral, importa averiguar se a obra publicada é de autoria de quem a publica ou o compartilhamento de outra pessoa. É desse modo que se poderá decidir pela (in)aplicabilidade de dano para o restabelecimento do equilíbrio em caso de responsabilidade civil, a partir da legislação brasileira, diante da ocorrência da exposição da obra na internet.

Palavras-chave: Internet. Liberdade de expressão. Privacidade. Responsabilidade Civil. Sociedade da informação.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É desafiador para o presente cenário da sociedade de informação brasileira a forma de positivação da responsabilidade civil nos casos de exposição na internet, numa relação entre autor-leitor, diante do direito da liberdade de expressão *versus* direito da privacidade.

A partir de uma análise conjunta dos fundamentos presentes na Lei do Direito Autoral, que delinea a proteção ao autor e sua obra, percebem-se efeitos no âmbito das relações privadas na sociedade de informação, na qual existem as novas tecnologias.

É importante considerar que a exposição na internet carrega consigo a colisão dos direitos fundamentais: liberdade de expressão e privacidade, de modo a trazer olhares mais atentos aos casos quando se objetiva a responsabilidade civil por dano. A constitucionalização dessa aplicação

torna-se necessária, momento em que se faz um recorte da colisão desses direitos fundamentais na internet. A partir disto, questiona-se: como se dá a responsabilidade civil em face da exposição de informações privadas na rede?

Assim, é importante observar a regulamentação do direito autoral, conjuntamente com os direitos fundamentais da liberdade de expressão e privacidade, para verificar a responsabilidade civil nas relações entre particulares na internet, em especial a sua incidência no âmbito da exposição.

Para tanto, estabelecer a vinculação do direito autoral às novas tecnologias da sociedade de informação, focada na internet, é primordial. Resta fundamental, ainda, aprofundar os direitos constitucionais envolvidos no conflito apresentado, para posterior aplicação da técnica da ponderação, quando verificada a colisão entre liberdade de expressão e privacidade. E assim, partindo da responsabilidade civil, trilhar rumo à exposição na rede.

Na atualidade, discute-se, de maneira ampla, o desafio que as novas tecnologias representam na sociedade de informação frente ao direito de autor, tornando-se cogente encontrar o ponto de equilíbrio entre os interesses de autores e usuários para a concretização da função social.

Assim, o desafio apresentado pelas novas tecnologias de aplicabilidade da concretização do direito de autor, sob o prisma da Constituição Federal, traz grande impacto.

Logo, definir e delimitar a aplicação da responsabilidade civil no campo autoral é elemento essencial, haja vista que, embora exista previsão expressa na Constituição e em leis infraconstitucionais, ainda não há força doutrinária e jurisprudencial suficiente a sustentar um embasamento à altura da importância que o tema possui e que permite, frente ao desafio das novas tecnologias na sociedade de informação, efetivar o primeiro dos objetivos previstos no texto constitucional pátrio, isto é, o exercício dos direitos fundamentais.

A responsabilidade civil por exposição na internet é tema central da presente pesquisa, especificadamente sua incidência no âmbito do direito autoral. Assim, a pesquisa iniciará tecendo considerações acerca da regulamentação do direito de autor no Brasil, bem como sua ocorrência na atual sociedade de informação, frente às novas tecnologias.

Em momento posterior, o estudo contextualizará o direito fundamental à liberdade de expressão e à privacidade, expondo as suas diversas

concepções, além das suas colisões nos casos de exposição na internet. Por fim, será analisada a responsabilidade civil, para que se possa concluir pelo direito ou não ao dano na seara do direito autoral.

2 DIREITO DE AUTOR E SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO NA INTERNET

Almejar a conceituação de autor e de obra no Brasil exige traçar um breve histórico das legislações que o País já possuiu, como forma de melhor compreender a atualidade brasileira.

No Brasil, a necessidade de proteção do “criador de uma obra” surgiu com a Lei de 11 de agosto de 1827, demonstrado desde cedo a preocupação com a criação, instituindo uma prerrogativa de dez anos sobre os compêndios preparados por professores dos cursos jurídicos de São Paulo e Olinda, obedecidas algumas condições.

Mas sua efetiva proteção consagrou-se indiretamente com o Código Criminal do Império, de 1831. Após 59 anos de vigência, o Código Penal de 1890 manteve uma legislação destinada aos direitos autorais por meio do direito penal.

No campo constitucional, a primeira proteção destinada aos direitos autorais foi em 1891, reproduzindo a mesma previsão nas Constituições seguintes, com exceção da Constituição Federal de 1937. Porém, os direitos autorais consagraram-se de maneira mais profunda com o advento da Constituição Federal de 1988.

No que se refere à proteção legal infraconstitucional, a primeira proteção brasileira foi a Lei 496, de 1º de agosto de 1898, denominada a Lei Medeiros e Albuquerque. Ressalta-se que essa lei foi aprovada após a Convenção de Berna em 1886, tendo o Brasil apenas aderido em 1922. Em 17 de janeiro de 1912, promulgou-se a Lei 2.577, a qual somente estendeu a previsão existente na Lei Medeiros e Albuquerque.

Com o surgimento do Código Civil brasileiro de 1916, a proteção aos direitos autorais foi promovida de modo a trocar a previsão da Lei Medeiros e Albuquerque. Contudo, a nova regulamentação brasileira possuía controvérsias sobre as formalidades, sendo editada a Lei 5.988/73 para suprir tal necessidade.

No entanto, a previsão vigente hoje no Estado brasileiro é a Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Sua denominação se define como “Lei

dos Direitos Autorais” abrangendo, além dos direitos autorais, propriamente ditos, também os direitos conexos.

A então lei vigente dispõe, em seu capítulo II, artigo 11, que “Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica” (Lei 9.610, 1998). Nas palavras de Nehemias Gueiros Junior (2005, p. 42), o autor nasce quando suas obras “se materializam aos olhos do mundo, quando são reduzidas ao seu *corpus mechanicum*”. A doutrina brasileira apresenta três pressupostos para a proteção do autor, sendo elas:

[...] primeiro, o de que a autoria é o resultado de um processo criativo individual (ainda quando existam obras em colaboração ou mesmo coletivas, ou seja, criadas em equipe sob a iniciativa e direção de uma pessoa física ou jurídica); segundo, o de que a obra protegida é uma criação única e acabada de seu autor, distinta das criações preexistentes, mesmo quando seja delas derivada; e terceiro, o de que a tutela legal decorre da contribuição pessoal que o autor ao gerar sua obra aporta ao patrimônio cultural existente. (SANTOS, 2011, p. 145)

Uma obra nasce a partir do momento em que uma pessoa exterioriza sua ideia, tornando-a concreta para o mundo real, sendo este criador o autor da obra. A necessidade de identificação da autoria da obra não se restringe ao campo meritório da bela criação, mas também à proteção de direitos inerente à dedicação e ao desenvolvimento da obra.

Cumprindo ponderar que na atual sociedade de informação “a tecnologia é a sociedade, e a sociedade não pode ser entendida ou representada sem suas ferramentas tecnológicas” (CASTELLS, 2004, p. 43), sendo que o acesso às obras não mais se limita àquela disponibilização impressa de outrora, mas sim digital. Situação que desafia o direito autoral.

Atentando-se à tecnologia da internet, verifica-se um dinamismo entre obra e leitor imensamente maior, por ser um meio em constante transformação. Isso porque o conteúdo digital “pode ser reproduzido instantaneamente, com perfeita exatidão e sem esforço significativo; a inexistência de qualquer diferença entre o original digital e a respectiva cópia possibilita a efetivação de um número ilimitado de cópias” (ADOLFO, 2008, p. 245).

Pela Internet, temos acesso em tempo zero a um banco de dados, mas também a textos de diferentes tempos, entre os quais alguns existem para serem consultados e outros para serem lidos, interpretados e criticados. A construção de territórios locais e heterogêneos se dá a

partir do momento em que mergulhamos no movimento politemporal da rede. (KASTRUP, 2000, p. 52-53)

Neste ínterim, analisando a distribuição e o acesso às obras autorais na sociedade de informação existente na época da criação da Lei de Direito Autoral, que era diversa da atual, tem-se a exigência do questionamento quanto aos valores empregados a tão almejada preservação da informação, como forma de “resguardar” os direitos dos criadores, pois que obsoleta quando analisada com o prisma da constante transformação que a internet traz.

Não se deve olvidar que o autor proporciona um grande bem para sociedade, ensejando proteção a ele, para que se atinja um equilíbrio entre seus interesses com os da sociedade.

Note-se que Bittar (2001, p. 8) afirma a necessidade das previsões legais brasileiras, em razão das “noções de defesa do homem enquanto criador, em suas relações com os frutos de seu intelecto [...]”.

Cogente evidenciar também a função social do autor, que, conforme assevera Moraes (2011, p. 255), cerca-se pela necessidade de sempre atentar para a conexão de “normas e princípios do Direito Autoral na normatividade constitucional, fazendo com que esse ramo do direito esteja a serviço dos direitos e garantias fundamentais”.

Desta forma, é importante a existência das previsões legais para se evitar o descompasso na relação autor-obra-espectador, como bem expõe o doutrinador Avancini (2011, p. 48): “o excesso de titularidade é nocivo para o Estado Social Democrático de Direito, motivo pelo qual todo e qualquer ato, que viabilize ou busque a consagração permanente desta titularidade, deve ser fortemente combatido”, resguardando assim o direito autoral de um modo amplo.

Não se almeja desproteger o criador intelectual do direito autoral, mas tão somente trabalhar com a realidade da sociedade de informação da tecnologia, que tem as obras como dados e não como criações intelectuais, tornando-se necessária a intervenção do Direito para equilibrar as relações de autor e obra.

É impossível negar a realidade das novas tecnologias na sociedade de informação, a qual é positiva se vista do ângulo do aumento do uso das obras e da sua volatilidade (ADOLFO, 2008, p. 262.), e ainda:

[...] a vida digital é algo que oferece muitos motivos para o otimismo. Assim como uma força da natureza, a era digital não pode ser negada ou detida. Ela dispõe de quatro características muito poderosas, as quais determinarão seu triunfo final: a descentralização, a globalização, a harmonização e a capacitação. (NEGROPONTE, 1997, p. 216)

Outros aspectos atrativos da internet, conforme enfatizado pelo doutrinador Castells (2004, p. 69), “são: a potencialidade em alterar os dados e um sistema de informação, processando-as em velocidade e capacidade cada vez maiores e com custo cada vez mais reduzido em uma rede de recuperação e distribuição potencialmente ubíqua”.

Ademais, recentemente, no ano de 2014, adveio a legislação sobre o uso da internet no Brasil, pela Lei 12.965/14, denominada como Marco Civil da Internet. Em resumo, essa lei regula os direitos e deveres dos usuários da internet, dos portais e sites, das prestadoras de serviço e do Estado. Os pontos desse projeto que geraram maiores debates durante a sua tramitação se referem à liberdade, à privacidade e à neutralidade da rede.

Hodiernamente, “o progresso técnico permite processar, armazenar, recuperar e transmitir informações em qualquer de suas formas oral, escrita ou visual independente da distância, do tempo ou do volume”, conforme Bravo (2010, p. 15). A partir deste progresso técnico é inegável afirmar que o amplo acesso conferido a obras em qualquer lugar e de qualquer lugar possibilita atingir um maior número de pessoas, o que antes do advento da internet era algo mais moroso.

É importante também destacar a atual sociedade de informação, que nasce de um canal de comunicação como a internet. Conforme palavras de Castells (2003, p. 6), “a internet é um meio de comunicação que permite, pela primeira vez, a comunicação de muitos com muitos, num momento escolhido, em escala global”, destacando a uma contribuição para a exposição de obras por seus autores.

Desta forma, é possível atingir um público muito maior do que anteriormente da sociedade informacional, bem como possibilitar a cópia e a reprodução de obras não autorizada por seus autores, necessitando de novas proteções antes não conferidas e necessárias pela legislação de proteção ao autor.

A inserção das novas tecnologias nas relações autor e obra superaram as barreiras geográficas, pois a comunicação em ambiente virtual contribui para o aumento do acesso a obras, tais como, livros digitais, músicas,

vídeos, entre outras produções audiovisuais, fortalecendo o aspecto positivo de contribuição da internet.

Para sua evolução dentro do processo de globalização, conforme refere Castells (2003, p. 47), “a internet foi o meio indispensável e a força propulsora na formação da nova economia, erigida em torno de normas e processos novos de produção, administração e cálculo econômico”.

A internet proporcionou o surgimento de novos mercados, o que contribuiu para a necessidade, cada vez mais latente, da intervenção da proteção ao direito autoral, visto as peculiaridades desta sociedade em rede, que desenvolveu maior sociabilidade virtual entre seus usuários, como afirma Castells (2003).

Castells (2004, p. 69) apresenta três desafios que gravitam em torno da internet. O primeiro, consiste na liberdade existente nesse meio de comunicação, quando analisada com o conflito com as demais possibilidades e a questão do controle das informações concentradas nas mãos de órgãos das mais variadas naturezas. O segundo ponto de discussão versa sobre a denominada “info-exclusão”, que seria a situação enfrentada por aqueles que não têm acesso à internet. E, por fim, o terceiro desafio é como se dará o processamento da informação e geração de conhecimentos em cada ser humano.

Deste modo, não se torna plausível aceitar a corrente doutrinária que mentaliza o direito de autor como algo unitário (REIS; PIRES, 2011, p. 213), pois não se estará proporcionando o equilíbrio indispensável à relação. Não se objetiva diminuir a proteção do autor sobre sua obra, mas sim de constituir a real função da sua criação, qual seja, a exposição ao público.

O interesse social deve obter, na nossa atual sociedade, maior relevância do que efetivamente vem recebendo. O interesse público deve avultar ao interesse do privado, pois, a “extensão da criação de obras e dos Direitos Autorais já há muito tempo deixou de estar ligada apenas à atividade cultural e passou a integrar também a atividade empresarial e a comunicação” (DIAS, 2006, p. 53).

Com o advento das novas tecnologias na sociedade de informação, imenso conflito se instaura entre os interesses dos titulares de direitos e dos leitores, haja vista a necessidade de “incentivar a produção criativa concedendo direitos patrimoniais e extrapatrimoniais, por outro aspecto se pensa em assegurar o acesso público às obras comprimindo esses direitos” (ADOLFO, 2008, p. 284).

Tendo em vista que o autor proporciona um grande bem para sociedade, portanto, é indispensável sua proteção para que se atinja um equilíbrio entre os seus interesses com os da sociedade. É importante atentar para o fato de que “a repercussão e o impacto das criações no meio social, cultural, econômico e tecnológico são as forças motrizes das criações e do espírito humano” (BASSO, 2000, p. 57).

Dentre muitos dos desafios ao direito autoral com as novas tecnologias de rede na sociedade de informação, se faz um recorte à responsabilização civil nos casos de conflito entre os princípios da liberdade de expressão e privacidade, na exposição a seguir.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL POR EXPOSIÇÃO NA REDE - INTERNET, QUANDO DA COLISÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO COM O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE

O ordenamento jurídico brasileiro, no pós-CF/88, trilha um caminho de constante busca pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais. Utiliza-se a hierarquia das normas para bem regular todos os direitos. Assim, a norma que se encontra no topo da pirâmide normativa é a que servirá de base para a construção de todas as demais, chamadas de normas infraconstitucionais.

Devido a essa visão das normas que compõem o direito em uma estrutura piramidal, tem-se por regra geral que as normas que ocupam o lugar mais alto na pirâmide acabam por prevalecer sobre aquelas que ocupam um lugar mais baixo. Todavia, muitas vezes se observam conflitos ou colisões de normas que ocupam um mesmo patamar, os quais são resolvidos mediante a aplicação de regras específicas.

A solução para o choque, na visão de Dworkin (1977, p. 43), resolve-se quando se verificar o peso que cada qual possui, não se atendo aos problemas de validade. O foco é para aquele que for mais importante para o caso analisado. No mesmo compasso, se tem Alexy (1994, p. 82), que traz a solução por meio de um sopesamento, não podendo haver um princípio que prevaleça sobre outro. Refere que, para alcançar um bom resultado, irá depender das variáveis do caso concreto.

Neste íterim, o estudo da responsabilidade civil por exposição na rede exige conceituação da liberdade de expressão do pensamento e da

privacidade, haja vista o conflito que permeia estes direitos fundamentais quando existentes num mesmo espaço.

Depreende-se do artigo 5º, incisos IV e V, da Constituição Federal, que é livre a manifestação do pensamento. Como única vedação, apresenta o anonimato, cuja finalidade é permitir a responsabilização nos casos de manifestação abusiva do pensamento, evitando que a pessoa, ao exercer seu direito de manifestação de pensamento, ofenda ou prejudique de alguma forma outras pessoas.

Para tanto, é necessário ter claro a diferenciação entre liberdade de expressão e liberdade de informação, visto que enquanto uma é “imparcial, outra é parcial, uma tem função social de contribuir para a elaboração do pensamento, a outra tem função social de difundir um pensamento ou um sentimento já elaborado”, ou seja, uma refere-se ao manifestar e a outra difundir (ADOLFO, 2008, p. 316-317).

Analisando o direito fundamental à liberdade de expressão, se tem três princípios no seu cerne, como defende Gonzaga Adolfo (2008, p. 320-321) ao citar Farias:

O primeiro, a que denomina “princípio forte”, tem a ver com a ideia de conjugação da liberdade espiritual (dimensão pessoal) com a liberdade política e democrática (dimensão comunitária), as quais, somadas, resultam no fortalecimento da liberdade de expressão e comunicação como princípio jurídico-constitucional. Desta forma, as raízes da liberdade de expressão e comunicação não devem ser vistas de forma isolada, mas como um sistema integrado, cada uma delas necessária, porém insuficiente *de per si*. [...] O segundo princípio é o da censurabilidade e, como a própria expressão já indica, aponta para o sentido de que a liberdade de expressão e comunicação não seja subjugada a nenhuma forma arbitrária de restrição, sendo inadmissível qualquer forma de censura, seja estatal ou privada, prévia ou posterior. O terceiro é o princípio do pluralismo, assentado na ideia de que é necessária a existência de muitas pessoas comunicando-se, para que haja uma ampla divulgação da variedade de ideias e de ponto de vistas. [...]

No que tange ao direito fundamental à privacidade, a Constituição Federal normatiza no artigo 5º, inciso X, a inviolabilidade tanto da intimidade como da vida privada. Dispõe Bulos (2007, p. 436) que a privacidade “envolve todos os relacionamentos do indivíduo, tais como suas relações comerciais, de trabalho, de estudo, de convívio diário”, ao passo

que a intimidade tem “respeito às relações íntimas e pessoais do indivíduo, seus amigos, familiares, companheiros que participaram de sua vida pessoal”.

Com a inserção de novas tecnologias na atual sociedade de informação, a utilização das obras impacta diretamente o direito autoral, sendo que, de maneira positiva, tem-se um maior acesso, diante das facilidades de conexão pelo mundo todo. Adolfo Gonzaga (2008, p. 249) ressalta ainda o “pleno desenvolvimento da personalidade de cada pessoa”.

Porém, os aspectos negativos podem ser devastadores quando se aniquila a intimidade do ser, não resguardando assim a dignidade da pessoa humana, maior bem da Constituição Federal brasileira.

Desta forma, quando há ocorrência de colisão entre direitos fundamentais, torna-se imperioso utilizar a técnica da ponderação como método de sopesamento entre os direitos em apreciação. É a partir dela “que se concretizam os compromissos sociais e democráticos das normas analisadas, sejam elas oriundas de dispositivos constantes no princípio da ordem econômica, social ou, mesmo, de direitos fundamentais” (AVANCINI; SANTOS, 2011, p. 54).

A partir da técnica da ponderação para o caso de colisão entre direito à liberdade de expressão *versus* direito à privacidade, mais plausível à concretização da responsabilidade civil, havendo um recorte nos casos de exposição na internet. Para tanto, é importante conhecer a responsabilidade civil no Brasil, sob o prisma do direito autoral.

Cavaliere Filho (2014, p. 14) ensina que a responsabilidade civil surge para recompor o dano causado a outrem por violação de um dever jurídico preexistente, sendo tal conduta humana fonte geradora para a aplicá-la. Distingue-se, portanto, que a obrigação é um dever jurídico e a responsabilidade é seu sucessivo quando da sua violação.

Diante do ato ilícito causador de um dano a outrem, o Código Civil brasileiro, em seu artigo 927, prescreve o dever de indenizar. Para tanto, atentar-se ao esquema geral da ordem jurídica da responsabilidade é de suma relevância.

Assim, no que se refere ao fato jurídico, verifica-se que advém de um evento real que se ajusta a uma previsão normativa existente no ordenamento jurídico, sendo divididos em naturais ou voluntários, e, por conseguinte lícitos ou ilícitos. Já o ato jurídico consiste na predeterminação da previsão existente no sistema legal.

Nesta senda, tem-se o ato ilícito. Seu conceito é complexo e controvertido na doutrina brasileira, merecendo a devida atenção. O cerne da dúvida está na ligação do seu conceito ao da culpa, permeando a questão se é possível haver responsabilidade civil quando não houver o elemento culposo no ato ilícito.

Para alguns doutrinadores, a distinção reside no fato de a responsabilidade subjetiva estar relacionada a um ilícito, e a responsabilidade objetiva estaria ligada ao comportamento lícito (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 20-21). E mais: se não há culpa, não se pode falar em ato ilícito (GOMES, 2008, p. 447).

O doutrinador Marcos Catalan (2013, p. 305) defende que a culpa na responsabilidade civil morreu em face de sua inutilidade.

É relevante compreender que, à medida que a insegurança toma conta de cada instante da vida, e o fluir do tempo impede antever as consequências contidas em cada conduta prometida a outrem, a culpa, gradativamente, perdeu espaço na formação do dever de reparar.

A legislação brasileira em vigor apresenta três pressupostos para a aplicação da responsabilidade civil, quais sejam: a) conduta culposa do agente; b) nexos causal; c) dano. É importante ressaltar que existem causas de excludente de ilicitude, pois nem todo ato danoso é ilícito, como prevê o artigo 188 do Código Civil.

Impende observar a questão da responsabilidade civil quanto à antijuridicidade, também conhecida como a ilicitude da conduta causadora do dano como pressuposto do dever de reparar. Sua denominação advém de “todo o comportamento por meio do qual o sujeito dominava, ou podia ter dominado, o resultado da cadeia causal de acontecimentos, de modo a poder, se assim se decidisse, modificá-la” (CATALAN, 2013, p. 114-115).

Em apertada síntese, portanto, tem-se esboçado acerca da responsabilidade civil na atualidade, a qual é necessária para melhor compreensão das situações da exposição na internet, frente ao conflito do direito à liberdade de expressão e privacidade, pelo direito autoral.

Neste sentido, Levy (2000, p. 15) situa a realidade da obra, protegida pelo direito autoral, esclarecendo que atualmente “é como se todos os textos fizessem parte de um único texto, só que é o hipertexto, um Autor coletivo e que está em transformação permanente”, e prossegue:

Em primeiro lugar, não é mais o leitor que vai se deslocar diante do texto, mas é o texto que, como um caleidoscópio, vai se dobrar e se desdobrar diferentemente diante de cada leitor. O segundo ponto é que tanto a escrita como a leitura vão mudar o seu papel. O próprio leitor vai participar da mensagem na medida em que ele não vai estar apenas ligado a um aspecto. O leitor passa a participar da própria redação do texto à medida que ele não está mais à disposição passiva diante de um texto estático, uma vez que ele tem diante de si não uma mensagem estática, mas um potencial de mensagem. Dessa forma, o espaço cibernético introduz a ideia de que toda leitura é uma escrita em potencial. O terceiro ponto que, sem dúvida, é o mais importante é o fato de estarmos assistindo a uma desterritorialização dos textos, das mensagens, enfim, de tudo o que é documento: tanto o texto como mensagens se tornam uma matéria.

Com esse dinamismo entre autor-obra-leitor, aliado à constante transformação e imenso aumento de conexões que a internet possibilita, emerge a necessidade de estudo sobre os possíveis danos advindos deste cenário, nos casos de colisão de direitos fundamentais.

O dano é considerado injusto quando um comportamento é contrário às normas do Direito vigente. Ainda, pode haver dupla face quando injustamente causado ou quando somente aquele que sofreu o dano suportar sozinho injustamente as consequências (CATALAN, 2013, p. 111-112).

Tendo o dano prejudicado o lesado, por ato ilícito do agente, rompe-se o equilíbrio jurídico-econômico existente, fazendo-se necessária a fixação de uma indenização proporcional ao prejuízo (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 26).

Assim, para ponderação da colisão dos direitos fundamentais da liberdade de expressão e da privacidade, imperiosa a verificação da origem do ato danoso: se adveio de uma publicação do autor, ou se é resultado de uma reprodução – momento em que deverá ser averiguado se houve autorização ou não do autor, garantindo eventual responsabilização.

Isto porque há previsão legal na lei de direito autoral do direito exclusivo do autor em dispor das suas obras. Caso um terceiro reproduza determinada obra sem autorização, estará seguramente invadindo o direito exclusivo reservado ao autor.

Note-se que a doutrina refere que a disponibilização da obra pelo próprio autor na rede demonstra renúncia ao exercício dos seus direitos, ou que a permissão ostensivamente aberta à vista de todos presume uma renúncia a qualquer remuneração pelas utilizações que se fizerem (ASCENSÃO, 2002, p. 12).

Percebe-se que determinada obra só será tida como tal, se for pública. Logo, saber quem deu tal condição a ela é primordial para análise do conflito instaurado. Veja-se que a colocação da obra na rede da internet, ou seja, à disposição do público, resta coberta pela lei brasileira como uma outorga ao autor pela faculdade de autorizar o armazenamento no computador dos leitores (ASCENSÃO, 2002, p. 14-15).

Não se pretende apresentar como solução a proibição de obras na rede, pois seria um retrocesso na sociedade de informação, a qual é impossível de frear. Mas sim olhar com a devida atenção o espaço cibernético em torno da ‘inteligência coletiva’, que Lévy (1996, p. 15-16) explica como sendo “uma potencialização da sensibilidade, da percepção, do pensamento, da imaginação, e tudo graças a essas novas formas de cooperação e coordenação em tempo real”. Assim, se concretizaria a “cultura desperta”, na qual

[...] os seres humanos poderiam participar de uma maneira bem mais direta, inventiva e pessoal nessa desconstrução criativa permanente, que é a vida do espírito que os anima e que eles animam sem seu conjunto, quer eles o saibam ou não, simplesmente existindo como seres humanos. Em vez de a pessoa, como ela sempre fez, refletir holograficamente, cada uma à sua maneira e em seu lugar, sobre uma estrutura social e cultural vivida como transcendente, fixa e na maior parte de tempo tida por adquirida (estrutura simbólica que forma de algum modo seu inconsciente), ela poderia participar da animação de um espaço de sentido que não apenas a estrutura, mas que ela também contribui para estruturar por seu engajamento em processos transfronteiras de inteligência coletiva. As ferramentas de comunicação do ciberespaço nos dão cada vez mais acesso a essas possibilidades de inteligência coletiva, e lanço aliás a hipótese otimista de que é precisamente para esse fim que as criamos. A essa cultura “desperta” correspondem, nos espíritos dos indivíduos que a vivem, redes semânticas bastante mais móveis, abertas e livres, que as das pessoas pertencentes às culturas clássicas. Os espíritos que teceriam essa nova cultura estariam provavelmente em contato muito mais direto que os das culturas anteriores com o vazio, ou a *fonte* de onde emergem todos os sistemas simbólicos, e estes sistemas, justamente, não podem senão simbolizar, sem poder lhe atribuir em seu seio o lugar que lhe cabe, mas que ele não pode ocupar, pois ela os excede por toda parte. (LÉVY, 2002, p. 33-34)

Tampouco se objetiva o afastamento dos direitos autorais em prol de direitos coletivos, haja vista a necessidade de incentivo à criação.

Sabe-se que o cenário econômico atual é notadamente pautado pela difusão do conhecimento e desenvolvimento de novas tecnologias, daí a necessidade de compatibilizar os interesses em conflito, tendo sempre como ponto de partida a efetivação da função social do direito autoral enquanto propriedade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade de informação tem trazido aspectos positivos para o direito de autor e novas questões a serem enfrentadas pelo Direito brasileiro, visto que a sociedade em rede possibilitou atingir mais usuários, entre autores e destinatários finais de suas obras, a um maior acesso e exposição de obras e criações nas redes de internet.

Todavia, a legislação ainda tem a percepção de outrora, que não lidava com a tecnologia tão acentuadamente, como pode-se verificar que no Brasil a utilização mais ampla das redes de internet deu-se a partir dos anos de 1990. Deste modo, é importante repensar os valores empregados à preservação das obras, com o fundamento de proteção do autor, sob a ótica da constitucionalização.

A inserção de novas tecnologias como ferramenta de comunicação trouxe à baila a necessidade de adequação do direito à proteção do autor, visando à funcionalização das obras com a exposição ao público, no caso, pela internet, sem o intuito de diminuir o incentivo da criação dos autores, observando-se o crescimento do direito em prol do interesse público, de modo a restabelecer o equilíbrio entre os interesses envolvidos.

Dentre muitos desafios, faz-se um recorte aos casos de publicação na internet em que se anseia a responsabilidade civil por ato danoso. Para tanto, é primordial verificar se a obra em discussão resulta de uma reprodução ou de autoria própria, constatando se houve autorização ou não do autor.

Nota-se a possibilidade apresentada quando se disponibiliza a obra ao público, pois coberta pela lei brasileira com uma outorga ao autor pela faculdade de autorizar o armazenamento no computador dos leitores.

Neste passo, o caso deve ser observado pelo o prisma dos direitos fundamentais da Constituição Federal, sopesando-se a possibilidade de estar havendo conflito entre os direitos fundamentais da liberdade de expressão com o direito à privacidade. Se estiver, encontra-se na técnica da ponderação a melhor solução.

Dessa forma, devem se aliar os interesses dos envolvidos de maneira equilibrada, visto ser a internet uma possibilidade de cooperação e coordenação em tempo real, contribuindo para a construção do aprender e do saber. Atinado é evitar soluções que acabem por tolher a criação das obras e o acesso facilitado pela internet.

REFERÊNCIAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas benefícios coletivos: a dimensão do direito autoral na sociedade de informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da Internet e da sociedade da informação: estudos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

AVANCINI, Helenara Braga. *Direito autoral e dignidade da pessoa humana: a compatibilização com os princípios da ordem econômica*. SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord.). *Direito de autor e direito fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BASSO, Maristela. *O direito internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2001.

BRAVO, Álvaro Sanches. *A sociedade tecnológica: da inclusão ao controle social – a Europ@ é exemplo?* Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010.

BRASIL. *Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 20 de fev. 1998. Seção, p. 3.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CASTELLS, Manuel. *A Galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

_____. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

CATALAN, Marcos. *A morte da culpa na responsabilidade contratual*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Maurício Cozer. *A proteção de obras musicais caídas em domínio público*. Brasília: Ministério da Cultura, 2006. 436 p. Disponível em: <<http://www2.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/caderno-politicas-culturais-direitos-autorais.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GUEIROS JUNIOR, Nehemias. *Direito autoral no show business*. 3. ed. Rio de Janeiro: Gryphus, 2005.

KASTRUP, Virginia. Novas tecnologias cognitivas: o obstáculo e a invenção. In: PELLANDA, Nize Maria Campos; PELLANDA, Eduardo Campos (Orgs.). *Ciberespaço: um hipertexto com Pierre Lévy*. Porto Alegre: Artes e Ofícios, 2000.

LÉVY, Pierre. A internet e a crise do sentido. In: PELLANDA, Nize Maria Campos; PELLANDA, Eduardo Campos (Orgs.). *Ciberespaço: um hipertexto com Pierre Lévy*. Porto Alegre: Artes e Ofícios, 2000.

MORAES, Rodrigo. Direito fundamental à temporalidade (razoável) dos direitos patrimoniais de autor. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord.). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEGROPONTE, Nicholas. *A vida Digital*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

REIS, Jorge Renato dos; PIRES, Eduardo. Direito de autor e direitos fundamentais. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord.). *Direito de autor funcionalizado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Direito de autor e liberdade de expressão. In: _____. (Coord.). *Direito de autor e direito fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, p. 607-630, 2003.

UMA ANDORINHA SÓ NÃO FAZ VERÃO: O DIREITO FUNDAMENTAL À SOLIDARIEDADE FRENTE À CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO NO BRASIL

Caroline Cristiane Werle

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, com bolsa promovida pela CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Integrante do grupo de pesquisas “Intersecções Jurídicas entre o Público e Privado”, coordenado pelo professor Pós-Doutor Jorge Renato dos Reis, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Advogada.

Contato: ccwerle@yahoo.com.br

Júlia Gonçalves Quintana

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pelotas - UCPEL. Integrante do grupo de pesquisas “Intersecções Jurídicas entre o Público e Privado” coordenado pelo professor Pós-Doutor Jorge Renato dos Reis, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Advogada.

Contato: juliagg@hotmail.com

Resumo:

O princípio/direito fundamental à solidariedade afigura-se, atualmente, como um inovador instrumento normativo de integração e transformação junto ao ordenamento jurídico brasileiro. Assim, considerando a relevância da temática ora mencionada, este trabalho apresentará, primeiramente, algumas questões sobre a moderna teoria da constitucionalização do direito privado e, posteriormente, analisará as dimensões de direitos fundamentais e as teorias de aplicação de tais direitos no âmbito das relações entre particulares. Por fim, o presente ensaio estudarà o princípio/direito fundamental à solidariedade, perpassando por sua origem e aplicação nas relações interprivadas, para, então, demonstrar algumas transformações advindas deste referido princípio/direito no âmago do ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, considerando que o artigo possui natureza bibliográfica, serão utilizados os métodos de abordagem dedutivo e histórico-crítico. Com relação à técnica de pesquisa, esta se valerá da documentação indireta. Longe de esgotar o estudo do assunto em tela, acredita-se que o princípio/direito fundamental à solidariedade trouxe inúmeros avanços jurídicos e extrajurídicos, especialmente no que diz respeito à forma de observar e encarnar as relações humanas. Juntos somos mais fortes e, tendo o princípio/direito fundamental à solidariedade o objetivo primordial de cooperação e integração entre os homens, acredita-se que é possível, por meio dele, a construção de uma sociedade mais justa e igualitária para todos.

Palavras-chave: Solidariedade. Direitos fundamentais. Constitucionalização. Relações interprivadas. Relações particulares.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente muito se tem falado no princípio/direito fundamental à solidariedade, especialmente em virtude dos notórios avanços provocados

por esse instrumento em diversos campos do ordenamento jurídico brasileiro. De mero valor encarado como caridade/filantropia, o referido princípio/direito evoluiu e hoje é visto como um verdadeiro vetor para todas as relações humanas, sejam elas jurídicas ou não jurídicas, públicas ou privadas.

Dessa forma, o presente ensaio objetiva demonstrar os principais reflexos provocados pelo princípio/direito fundamental à solidariedade no ordenamento jurídico brasileiro, levando em conta, para tanto, a moderna teoria da constitucionalização do direito privado como pano de fundo.

Nesse diapasão, longe de esgotar o assunto em pauta, tampouco apontar verdades absolutas, o presente artigo, em um primeiro momento, abordará a teoria da constitucionalização do direito privado, realizando uma breve evolução histórica desse fenômeno no âmbito brasileiro, e, em um segundo momento, analisará as dimensões de direitos fundamentais e sua aplicabilidade no cerne das relações entre particulares. Por fim, na terceira e última parte, o trabalho apontará um sintético histórico do princípio/direito fundamental à solidariedade e elencará as principais transformações advindas desse instrumento para o ordenamento jurídico.

Nesse íterim, considerando que o trabalho possui natureza bibliográfica, os métodos de abordagem serão o dedutivo e o histórico-crítico e a técnica de pesquisa se valerá da documentação indireta, utilizando-se, para tanto, referências doutrinárias, artigos científicos e revistas relativas à temática em tela.

2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Considerando que o presente estudo pretende suscitar o princípio/direito fundamental à solidariedade como norteador das relações entre particulares, revela-se essencial para a pesquisa a análise da teoria da constitucionalização do direito privado e, inclusive, dos direitos fundamentais, já que o princípio em questão se trata de um direito fundamental de terceira dimensão junto ao ordenamento jurídico brasileiro.

Na Idade Média, devido à descentralização dos diversos feudos que se alastravam pelo solo fértil, o poder político estava concentrado integralmente nas mãos dos senhores feudais. Com o decorrer do tempo, na Idade Moderna, em virtude da formação dos Estados Modernos e do surgimento da burguesia, o poder político centralizou-se na figura do rei. É imperioso

frisar que, em ambos os momentos históricos expostos, não havia qualquer proteção aos direitos individuais (REIS, 2003, p. 773).

Posteriormente, a fim de combater o absolutismo dos reis nos Estados Modernos, ocorreram inúmeros movimentos revolucionários, que culminaram na Revolução Francesa de 1789. Nesta senda, o poder arbitrário exercido pelo monarca foi substituído pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – fruto da Revolução Burguesa –, que marcou o fim da Idade Moderna e o início da Idade Contemporânea.

Em face desta nova ordem social instaurada, inaugurou-se o Estado Liberal, que, consoante aponta Finger (2000, p. 86), estava “baseado na igualdade formal, expressa na máxima segundo a qual todos são iguais perante a lei”. A partir desta concepção, os indivíduos eram livres para contratar e serem proprietários (REIS, 2003, p. 773).

Sob esta perspectiva, Finger (2000, p. 86, grifado no original) aponta que

[...] as Cartas de Direitos, incorporadas de modo geral nas Constituições a partir de então, asseguravam os direitos fundamentais, hoje denominados de *primeira geração*, [...] que consignavam uma esfera *negativa* de proteção contra a ação do Estado. As cartas estabeleciam liberdades, sobretudo econômicas, de modo que os indivíduos pudessem regular seus interesses absoluta e autonomamente.

Mediante todas essas mudanças políticas e sociais, percebe-se que, na lógica do liberalismo, o Estado está a serviço do homem, e não o contrário, sendo que tal situação permite a imposição de limites em face de sua atuação. Ademais, a partir da ideia de que o indivíduo é anterior à figura estatal, há uma inversão na perspectiva de garantia dos direitos dos cidadãos e dos deveres do próprio Estado, o que resulta na seguinte premissa: ao indivíduo é permitido fazer tudo aquilo que não é proibido e, ao Estado, somente aquilo que é permitido (LEAL, 2007, p. 8).

Portanto, no Estado Liberal, para que a sociedade pudesse se desenvolver de modo harmonioso, a ação estatal deveria ser mínima, isto porque havia uma grande dicotomia entre o público e o privado, ou seja, sob esta ótica, Estado e sociedade eram dois universos completamente distintos e incomunicáveis (SARMENTO, 2006, p. 13).

Assim, com o intuito de garantir a não intervenção estatal na vida dos indivíduos, surge, logo após a Revolução Francesa, o Código

Napoleônico, que foi elaborado no ano de 1804 e abarcava normas de caráter individualista e patrimonialista, sendo que tais valores foram indispensáveis para que o afastamento do Estado fosse, de fato, concretizado¹ (REIS, 2003, p. 774).

No âmbito brasileiro, o extinto Código Civil brasileiro de 1916 seguiu o modelo do *Code de France*, e, levando em consideração as ideias advindas do Iluminismo e do Jusnaturalismo, as quais fundamentaram a Revolução Burguesa, possuía como paradigma o cidadão dotado de patrimônio e livre do controle estatal (REIS, 2003, p. 775).

Ainda neste mesmo diapasão, Reis (2003, p. 774) complementa o referido raciocínio afirmando que

[...] a codificação em geral, mais especialmente os códigos civis, que se seguiram ao Estado Liberal, influenciados pelo individualismo jurídico, característica maior do liberalismo, como o do Brasil, tiveram como paradigma o cidadão proprietário, dotado de patrimônio, ou seja, este era o homem comum tutelado pela norma civil, deixando, em consequência, a grande maioria das pessoas fora de sua tutela.

Entretanto, a história acabou por demonstrar que o modelo liberal de Estado não era suficiente para suprir os novos interesses sociais decorrentes de uma postulada justiça social. Evidentemente, considerando a igualdade formal estabelecida entre os cidadãos e em virtude da exagerada proteção conferida à autonomia privada, a exploração do mais fraco pelo mais forte acabou sendo uma consequência natural desse modelo estatal, porquanto a liberdade proposta era exclusiva do elo mais vigoroso. Assim, em razão da ampla desigualdade instalada, o modelo de Estado Liberal entrou em declínio.

Nesse contexto, objetivando garantir a proteção dos direitos sociais, surge o Estado de Bem-Estar Social² – ou *Welfare State* –, que distancia o poder público da sua posição anterior, a qual era caracterizada pela intervenção mínima, e faz com que o Estado assuma um papel ativo na socieda-

¹ O Código Napoleônico – também conhecido como *Code de France* –, cujo modelo serviu de inspiração para os códigos promulgados posteriormente, além de ser nitidamente conservador, afigura-se como marco histórico das liberdades individuais e, em razão do século compreendido entre os anos 1800, sua edição inaugurou o período conhecido como a época da codificação oitocentista.

² Não obstante o Brasil não ter atingido, de fato, o *Welfare State*, houve, no âmbito brasileiro, maior intervenção estatal, a qual se traduziu mediante a edição de diversas legislações esparsas e microsistemas jurídicos.

de, isto é, o exercício do governo deve estar voltado para a busca de uma justiça social (REIS, 2003, p. 777).

Em face desse cenário, consoante assevera Leal (2007, p. 32),

[...] o Estado não pode mais ser tido como mero espectador, devendo intervir diretamente nas questões sociais. Ele passa, então, de ente de postura negativa (com o simples dever de não invadir a esfera dos direitos individuais constitucionalmente assegurados) a promotor de bens e de serviços – devedor de uma prestação positiva – como forma de assegurá-los a uma parcela mais abrangente da sociedade, a partir da ideia de que devem ser tratadas desigualmente situações desiguais (discriminação positiva).

A evolução ora narrada provocou significativos reflexos nas Constituições. No Estado Liberal, o catálogo constitucional traçava a estrutura organizacional do Estado e garantia determinados direitos individuais. Contudo, a partir do Estado de Bem-Estar Social, as Constituições incorporam propósitos emancipatórios, tendo como meta a transformação da ordem social e econômica vigente. Nesse ínterim, verifica-se que “Estado e sociedade sofrem, então, um processo de aproximação, criando-se, de certa forma, uma relação de interdependência entre ambos” (LEAL, 2007, p. 34).

Neste momento, os textos constitucionais começam a agregar e estabelecer princípios relativos a matérias que anteriormente eram reguladas pelo Código Civil, fazendo com que estas normas tivessem um caráter eminentemente constitucional. Portanto, a Constituição garantista das liberdades formais cede lugar à Constituição que promove a justiça social – Constituição Dirigente³ – (LÔBO, 1999, p. 90-100).

Nesta senda, a regulação da vida privada, que antes era exclusiva do direito civil, passa a se subordinar à Constituição, ou seja, inúmeros institutos que eram regulamentados pelo Código Civil passam, mediante o paradigma constitucional, a ser positivados em microssistemas jurídicos. Consequentemente, a Constituição “assume o seu *status* de lei superior e passa a ser o centro do ordenamento jurídico, irradiando seus princípios

³ A ideia de Constituição Dirigente, consoante ensina Leal (2007, p. 38), foi fundada por Peter Lerche, para quem as Constituições modernas são caracterizadas pela presença de diretrizes constitucionais, as quais definem fins e objetivos para o Estado e a sociedade, isto é, sua função é fornecer uma direção permanente e, ainda, consagrar a exigência de atuação estatal.

normativos a toda legislação denominada infraconstitucional” (REIS, 2003, p. 778, grifado no original).

A Constituição, que já era encarada como lei fundamental, – fruto da modernidade política e do racionalismo iluminista – passa a expressar a sua supremacia também no âmbito normativo. Dessa forma, considerando que a Carta Magna possuía um caráter hierárquico superior e que carregava em seu bojo uma ordem material de valores, acabava unificando todo o complexo de normas presentes no ordenamento jurídico (FINGER, 2000, p. 94).

Em meio a essa mudança de paradigma na produção do direito, surge, com o intuito de atender às premissas constantes na Constituição Federal de 1988, – que consagra o Estado de Bem-Estar Social – um novo Código Civil⁴, que supera os ideais patrimonialistas e individualistas caracterizadores do ultrapassado Código Civil de 1916⁵.

Nesse sentido, observa-se o enfraquecimento da clássica dicotomia existente entre o direito público e o direito privado, pois, agora, “todo o direito infraconstitucional é direito constitucionalizado, não se podendo, da mesma forma, ter um direito civil autônomo em relação ao Direito Constitucional” (FINGER, 2000, p. 94). Assim sendo, cumpre mencionar que, sob esta lógica, todas as normas constantes no ordenamento jurídico devem ser interpretadas de acordo com os ditames constitucionais.

Em consequência de todas as mudanças paradigmáticas ora mencionadas, surge, então, a fase contemporânea do Direito, a qual é denominada de constitucionalização do direito privado⁶, que, por sua vez, vem sendo

⁴ O novo Código Civil – Lei 10.406/02 – não obstante ser aprovado em 10/01/2002, teve seu projeto de lei apresentado na Câmara dos Deputados no ano de 1975, restando demonstrada sua árdua luta para entrada junto ao ordenamento jurídico brasileiro.

⁵ O Código Civil de 1916 era conhecido como “a Constituição do Direito Privado”, sendo o diploma exclusivo, até então, para regular as relações entre particulares.

⁶ É imperioso enfatizar que o processo de constitucionalização do direito privado não foi – e nem é – aceito sem inúmeras resistências. Diversos civilistas reagiram de modo negativo à interlocução do direito civil com o direito constitucional, apontando que cada ramo deve permanecer em seu devido lugar. Essa resistência está baseada no receio da banalização do processo – como se todas as relações de cunho civil fossem “elevadas” ao plano constitucional –, e, também, na redução de importância do direito civil, porquanto ele não passaria de mera ramificação do direito constitucional. Contudo, o mencionado entendimento foi perdendo força, pois houve a compreensão de que a Carta Constitucional é capaz, mediante sua carga normativa, sem diminuir o caráter dado ao Código Civil, regular as relações privadas e, inclusive, estabelecer certa igualdade entre as partes.

objeto de pesquisa e discussão “exclusivamente em tempos mais atuais, estando ligada às aquisições culturais da hermenêutica contemporânea, tais como a força normativa dos princípios, [...] à interpretação conforme a Constituição, etc.” (CAGLIARI, 2013, p. 15).

O processo de constitucionalização do direito privado alude à troca de seu cerne valorativo, ou seja, surge a pessoa no lugar do indivíduo. É nesse sentido que a solidariedade social ganha maior espaço em relação à liberdade individual, porquanto, agora, a proteção do direito privado volta-se para a pessoa humana (NEGREIROS, 2006, p. 11). Os princípios constitucionais – destacando-se, aqui, o princípio da dignidade da pessoa humana –, são “responsáveis” por orientar a ordem jurídica e, inclusive, por colocar a pessoa num patamar diferenciado se comparado ao Estado Liberal (FINGER, 2000, p. 94).

Em face dessa lógica, ocorre o fenômeno da “despatrimonialização” do direito privado, que, em obediência à constitucionalização deste, estabelece a predominância do princípio da dignidade de pessoa humana, o qual se trata de um princípio-matriz de todos os direitos fundamentais (FINGER, 2000, p. 94). Ainda com relação a este fenômeno, Perlingieri (2002, p. 33-34) afirma que não se trata de excluir o conteúdo patrimonial do direito, mas sim diversificar a sua valoração qualitativa, de modo que o sistema econômico produza seus efeitos sem abandonar a concepção de conservação da dignidade da pessoa humana.

Compulsando o fenômeno sob outro prisma, consoante preceitua Facchini Neto (2003, p. 23), é possível verificar a “repersonalização” do direito privado, cujo objetivo principal é (re)inserir o indivíduo e seus direitos no topo da proteção, seja sob enfoque do direito público ou do direito privado.

Isso posto, verifica-se que o referido processo de constitucionalização visa submeter o direito positivo privado aos fundamentos de validade determinados pelo catálogo constitucional, isto é, significa fazer uma releitura do direito civil à luz dos princípios e regras constantes na Constituição Federal, de modo que, a partir desta ótica, as normas infraconstitucionais devem ser moldadas a esse novo fenômeno do direito (REIS, 2003, p. 787).

Nesse sentido, “cabe ao intérprete reler a legislação civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar os valores não patrimoniais, a dignidade da pessoa humana, [...] e a justiça comutativa” (CAGLIARI, 2013, p. 21-22). Tal situação confere aos magistrados uma função ainda mais relevante, qual seja: dignificar o homem e erradicar a desigualdade socioeconômica.

Assim, diante desses apontamentos, verifica-se que, com a superação do viés individualista traçado pelo Estado Liberal, os valores fundamentais componentes da sociedade passam a ser a dignidade da pessoa humana, a liberdade e igualdade substancial, e, inclusive, a solidariedade entre os homens.

Evidentemente, o estudo relativo à constitucionalização do direito privado está atrelado à questão da aplicação dos direitos fundamentais no cerne das relações interprivadas, pois, se a Constituição Federal emana sua luz por todo o ordenamento jurídico, o direito privado também deve estar iluminado por ela. Dessa forma, no próximo item, passa-se a verificar as dimensões dos direitos fundamentais e as teorias da eficácia desses direitos.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DE SUAS DIMENSÕES À SUA APLICAÇÃO NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Diversos são os autores que tratam acerca da conceituação e delimitação do termo direitos fundamentais. Nesse sentido, objetivando dar início a este estudo, traz-se a lume o entendimento de Sarlet (2012, p. 85), para o qual os direitos em questão afiguram-se como posições jurídicas relativas a todas as pessoas, sendo que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, devido ao seu conteúdo e importância, os direitos fundamentais são aqueles que foram integrados junto ao seio da Constituição.

Já o autor José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p. 259), ao diferenciar os direitos humanos dos direitos fundamentais, aduz que estes tratam-se de “direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente”.

Ainda com relação à conceituação e delimitação dos direitos fundamentais, Sarmento (2006, p. 18) aponta que tais direitos não são entidades etéreas e metafísicas que sobrepassam o mundo real, mas sim, realidades históricas, as quais, em prol da concretização da dignidade da pessoa humana, são o resultado de diversas lutas e batalhas travadas ao longo do tempo.

Nesse diapasão, é possível perceber que os direitos fundamentais são normas que concedem sistematicidade à Constituição Federal, revelando-se verdadeiros parâmetros para as demais regras componentes do ordenamento jurídico, cujo objetivo primordial passa a ser a observância da dignidade da pessoa humana. Pode-se afirmar, ainda, que os direitos

fundamentais funcionam como valores objetivos básicos e como marcos de proteção para as situações jurídicas cotidianas.

O processo de concretização dos direitos fundamentais se encontra em constante transformação, pois, ao surgirem novas necessidades, novos direitos serão buscados pela população. Essa concretização se traduz nas dimensões de direitos⁷, cuja divisão está alicerçada ao lema pregado pela Revolução Francesa ocorrida em 1789 – liberdade, igualdade e fraternidade.

A primeira dimensão de direitos fundamentais surge juntamente com os ideais iluministas e encontra grande respaldo no princípio da liberdade. Conforme leciona Gorczewski (2009, p. 132), os direitos fundamentais de primeira dimensão, que são visivelmente individualistas, tratam-se de uma oposição à ação do Estado, o qual possui a obrigação de não realizar atos que possam representar violação a essas garantias. Assim sendo, cita-se como exemplo de direitos de primeira dimensão os seguintes: o direito à vida, o direito à liberdade de movimento, o direito à liberdade política, o direito de propriedade, o direito à inviolabilidade de domicílio, dentre outros.

A segunda dimensão de direitos fundamentais está atrelada ao princípio da igualdade e sua ênfase encontra respaldo “nos direitos econômicos, sociais e culturais, nos quais existe como que uma dívida da sociedade para com o indivíduo” (GORCZEWSKI, 2009, p. 133). Em síntese, a referida dimensão de direitos visa à concretização de garantias que somente podem ser usufruídas com o auxílio do Estado – direito à saúde, direito à educação, direito à segurança, etc. –, que devem sanar as deficiências presentes na sociedade mediante a concessão de condições necessárias à efetivação dos chamados direitos coletivos.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão nascem em conjunto com o fim da Segunda Guerra Mundial e recaem sob toda a população global. Consoante assevera Gorczewski (2009, p. 136), se a liberdade foi o valor que fundamentou os direitos de primeira dimensão e a igualdade o valor que alicerçou os direitos de segunda dimensão, definitivamente a solidariedade foi a grande responsável por embasar os direitos da terceira dimensão.

Com efeito, os direitos fundamentais de terceira dimensão – também denominados direitos de solidariedade/fraternidade – têm como objetivo

⁷ Considerando que não há hierarquia ou grau de importância entre as referidas dimensões, alguns doutrinadores preferem a utilização do vocábulo “dimensão” de direitos fundamentais ao invés da expressão “geração” de direitos fundamentais. Isso porque o termo “geração” poderia suscitar a ideia de que as gerações iriam ser substituídas ao longo do tempo.

principal a proteção dos grupos humanos e, em virtude dessa característica, tratam-se de direitos de titularidade coletiva ou difusa.

Com base no estudo realizado até o presente momento, verifica-se que as dimensões de direitos são cronologicamente determinadas em razão do momento histórico a que pertencem. Contudo, é imperioso mencionar que, muito embora neste trabalho sejam abordadas com mais profundidade apenas três dimensões de direitos, alguns doutrinadores defendem a existência de cinco dimensões, de modo que os direitos de quarta dimensão seriam os direitos relativos à globalização e os direitos de quinta dimensão seriam aqueles concernentes à era digital (GORCZEVSKI, 2009, p. 19-145).

Dispostas as dimensões de direitos fundamentais, insta referir que, em face da constitucionalização do direito privado e a conseqüente irradiação dos efeitos constitucionais sob todo o ordenamento jurídico, questiona-se se tais direitos têm aplicabilidade no cerne das relações entre particulares, especialmente devido ao fato de que o direito civil não pode se afastar dos ditames presentes na Carta Magna (ARONNE, 2010, p. 49).

Em face dessa situação, surgem três principais teorias acerca desta temática, sendo que

[...] o ponto nodal da questão consiste na busca de uma fórmula de compatibilização entre, de um lado, uma tutela efetiva dos direitos fundamentais, neste cenário em que as agressões e ameaças a eles vêm de todos os lados, e, do outro, a salvaguarda da autonomia privada da pessoa humana. (SARMENTO, 2006, p. 186)

A primeira teoria a ser estudada é a chamada teoria da ineficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. A aludida teoria nega qualquer possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares e, por esta razão, ainda que tenha aplicabilidade no direito comparado, é o ideário que goza de menor prestígio (SARMENTO, 2006, p. 187-197). Frente a tais fatos, Daniel Sarmento (2006, p. 196) afirma que a referida teoria não é capaz de proporcionar aos direitos fundamentais o tratamento que eles merecem.

No que tange à eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares, a doutrina e a jurisprudência parecem pender de forma bastante evidente para o lado da aplicabilidade de tais direitos nessas relações. Entretanto, a maior discussão paira no seguinte fato: de que forma os direitos fundamentais devem ser aplicados em meio às relações

privadas. Em virtude de tal questionamento surgem as outras duas teorias relativas ao caso em questão.

A teoria da eficácia mediata, desenvolvida originalmente pela doutrina alemã, “nega a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas porque, segundo seus adeptos, esta incidência acabaria exterminando a autonomia da vontade, e desfigurando o Direito Privado [...]” (SARMENTO, 2006, p. 198). Assim sendo, na teoria da eficácia mediata os direitos fundamentais não penetram no cenário privado como direitos subjetivos, isto é, não podem ser invocados a partir da Constituição Federal.

No outro polo, tem-se a teoria da eficácia imediata, a qual, além de sustentar a vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, encontra grande respaldo na Espanha, na Itália, na Argentina e em Portugal. Ao lecionar sobre a teoria em estudo, Sarmento (2006, p. 206) destaca que

[...] a incidência dos direitos fundamentais deve ser estendida às relações entre particulares, independentemente de qualquer intermediação legislativa, ainda que não se negue a existência de certas especificidades nesta aplicação, bem como a necessidade de ponderação dos direitos fundamentais com a autonomia da vontade.

No caso brasileiro, a doutrina e a jurisprudência não possuem pensamentos unânimes no que diz respeito ao acolhimento de apenas uma das últimas duas teorias ilustradas. Porém, é bem verdade que o entendimento majoritário é o de que os direitos fundamentais devem ser aplicados de forma direta no âmbito das relações interprivadas.

Com a chegada da constitucionalização do direito privado e a consequente necessidade de observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, essa aplicabilidade dos direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no seio das relações entre particulares fica ainda mais evidente. Nesse ínterim, os institutos pertencentes ao direito privado – propriedade, contratos, sucessões, etc. – acabam sendo iluminados pelas premissas constantes na Carta Constitucional e passam a ser encarados sob outro prisma, isto é, a partir dessa releitura tais instrumentos acabam se coadunando com a realidade jurídica contemporânea constitucional.

Considerando o ora exposto, bem como em virtude do fenômeno da constitucionalização do direito privado, é possível afirmar que os di-

reitos fundamentais possuem aplicabilidade direta no cerne das relações interprivadas. Neste passo, no próximo capítulo será estudado o princípio/direito fundamental à solidariedade – direito fundamental de terceira dimensão – e os reflexos causados por ele no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente nas relações entre particulares.

4 A SOLIDARIEDADE COMO PRINCÍPIO E DIREITO FUNDAMENTAL: ORIGEM, APLICAÇÃO E REFLEXOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Dando continuidade ao presente estudo, bem como levando em conta a exposição acerca da constitucionalização do direito privado, percebe-se que, com a superação do viés individualista traçado pelo Estado Liberal, nasce a concepção de que o ser humano é detentor de direitos sociais e, portanto, surge a necessidade do bem-estar social se sobressair em face dos interesses privados. Em virtude dessas transformações, passa a ser exigida a construção de uma sociedade marcada pelo ideal de solidariedade⁸, o qual deve ser exercido tanto pelo Estado quanto pelos indivíduos.

É a partir dos estudos realizados pelo filósofo Aristóteles, na Antiguidade, que se tem notícia, pela primeira vez na civilização humana, da ideia de solidariedade. Nesta época, o referido instrumento se manifestava a partir de ações que, frente ao próximo, satisfaziam ambas as partes. Portanto, nesse momento histórico, a solidariedade era compreendida como a ética do sujeito (SPENGLER, 2012, p. 63).

Com o passar do tempo, foi possível verificar que a ideia de solidariedade estava intrinsecamente vinculada a duas principais vertentes intelectuais, quais sejam: o cristianismo primitivo e o estoicismo⁹. Além disso, inúmeros juristas romanos utilizavam o termo solidariedade para designar o laço que unificava os devedores, ou seja, suscitavam a ideia de uma responsabilidade solidária entre os homens (FARIAS, 1998, p. 188).

⁸ Neste trabalho, a expressão “princípio constitucional da solidariedade” não está atrelada à ideia de “caridade” ou “filantropia”, mas sim à compreensão deste princípio como um fio condutor responsável pela concretização dos direitos fundamentais e pelo fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

⁹ O estoicismo, que influenciou o cristianismo, se trata de uma doutrina filosófica fundamentada nas leis da natureza, sendo que seus ensinamentos enalteciam a paz de espírito e consideravam a autossuficiência como seu maior objetivo. Para a referida doutrina, a “virtude” é considerada suficiente para atingir a felicidade.

Historicamente, o princípio constitucional da solidariedade não era carregado de normatividade, tampouco era considerado um princípio jurídico. A sua existência se concretizava no seio dos valores humanos, sendo que, na maioria das vezes, a solidariedade se assemelhava à fraternidade e geralmente não engendrava nenhum tipo de obrigação ou direito (GORIA, 2008, p. 27).

O surgimento do aspecto jurídico da solidariedade somente começa a contrair grandes proporções nos anos que antecederam a Revolução Francesa (1789) e no período posterior ao seu término, sendo que, na época anterior a este momento histórico, a solidariedade era corriqueiramente equiparada à caridade/fraternidade. Dessa forma, percebe-se que, no início, a solidariedade é concebida, ao lado da liberdade e da igualdade, como princípio político-jurídico. Em seguida, surge como ideal revolucionário, estando fortemente presente nas revoluções e nos Estados Sociais (BAGGIO, 2008, p. 7).

A partir desse momento, a ideia de solidariedade passa a estar desvincilhada da caridade/fraternidade, ensejando uma nova forma de encarar a sociedade, bem como um novo olhar sob as relações entre os indivíduos e as relações para com o Estado. É justamente nesse sentido que se revela o pensamento de Farias (1998, p. 190):

A partir do século XIX, quando se fala em solidariedade, pretende-se, com essa palavra, designar algo bem diferente. Trata-se de uma nova maneira de pensar a relação indivíduo-sociedade, indivíduo-Estado, enfim, a sociedade como um todo. É somente no fim do século XIX que aparece a lógica da solidariedade como um discurso coerente que não se confunde com caridade ou filantropia.

Frente a essas informações, é possível perceber que é a partir dos séculos XIX e XX a solidariedade conquista maior poder, sendo que foi utilizada até mesmo como fundamento para as reivindicações constantes nas revoluções sociais e industriais. Dessa forma, o surgimento do discurso solidarista está associado à crise do Estado Liberal, porquanto o principal objetivo contido nos pleitos das revoltas ocorridas nesse momento histórico era justamente a reestruturação do Estado, ou seja, ele deveria abarcar traços mais sociais e menos individuais/liberais (GARCIA-PELAYO, 1996, p. 14).

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, é a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que passa

a haver uma preocupação direta em adotar o valor constante no princípio constitucional da solidariedade como uma das maiores premissas de toda a ordem jurídica e social. Assim, considerando que o princípio da dignidade da pessoa humana se traduz como valor fonte de todo o sistema jurídico, a solidariedade surge para potencializar e concretizar este princípio-matriz do ordenamento (CARDOSO, 2012, p. 25).

Nesse sentido, o princípio constitucional da solidariedade está previsto no artigo 3º, inciso I, da Magna Carta de 1988¹⁰ e, assim sendo, possui um duplo sentido, qual seja: por um lado, constitui um dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico e, por outro, enquadra-se como um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro.

O princípio/direito em questão, conforme já brevemente analisado no segundo capítulo deste ensaio, no que diz respeito à teoria dos direitos fundamentais, consiste em um princípio jurídico de terceira dimensão e, assim sendo, possui força normativa e complementa outros direitos e deveres, os quais estão difusos pelo ordenamento jurídico. Paralelamente a isso, levando-se em consideração a força normativa da Constituição e a irradiação dos princípios e direitos fundamentais por todo o ordenamento jurídico infraconstitucional – fruto da constitucionalização do direito privado –, o princípio/direito fundamental à solidariedade pode ser encarado como um vetor de interpretação para todas as condutas que são efetivadas sob sua égide (SARLET, 2012, p. 48-49).

A expressa referência da solidariedade no campo constitucional, longe de representar um vago programa político ou algum tipo de retoricismo, estabelece um princípio jurídico inovador no ordenamento jurídico, o qual deve ser observado não somente no momento de elaboração da lei ordinária e da execução de políticas públicas, mas, também, nos momentos de aplicação do direito pelos operadores e, inclusive, por seus destinatários (MORAES, 2012, p. 2).

Diante de tais apontamentos, um dos aspectos que merecem destaque no âmbito da evolução histórica da solidariedade é, indubitavelmente, sua aplicação no cotidiano dos cidadãos. Nesse sentido, Lôbo (2009, p. 325) aduz que o referido princípio não deve ser encarado apenas como dever positivo do Estado, na realização das políticas públicas, mas, também, como uma forma de dever recíproco entre as pessoas, porquanto os

¹⁰ **Art. 3º** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária [...] (BRASIL, 1988).

homens já nascem devedores da associação humana e são obrigados uns com os outros pelo objetivo do comum.

A aplicação da solidariedade pode ser percebida em dois planos principais: no plano horizontal – vínculo entre os seres humanos – e no plano vertical. Com relação ao primeiro plano destacado, a solidariedade não se trata apenas de fraternidade ou de um sentimento de preocupação para com o próximo, mas de um agir humano no sentido de propiciar boas relações entre os homens, de modo que as ações cotidianas devem estar sempre voltadas para a concretização do bem-estar social coletivo. É necessário que as pessoas norteiem suas atitudes colocando-se no lugar do próximo, pois o homem não é uma célula autônoma em meio ao contexto social em que vive (CARDOSO, 2012, p. 14).

No âmbito do plano vertical, a solidariedade, por estar prevista na Carta Constitucional, se afigura como um princípio informador do sistema jurídico, o qual está apto a irradiar seu valor sob todo o ordenamento jurídico com o intuito de estabelecer uma convivência harmoniosa entre os homens, onde os direitos sociais são exercidos por todos em benefício geral da sociedade. Destarte, a força vinculante deste importante princípio/direito exige, igualmente, uma atitude proativa por parte do Estado, ou seja, o mesmo deve atuar na promoção social com o objetivo de garantir que esse processo de convivência equilibrada entre os cidadãos seja, de fato, concretizado (CARDOSO, 2012, p. 15).

Nesse âmbito, a solidariedade pode ser encarada como princípio, e também como um direito fundamental de terceira dimensão, o qual deve ser aplicado no cerne de todas as relações jurídicas – sejam de direito público ou de direito privado – e, inclusive, nas relações cotidianas dos seres humanos. É preciso que se enxergue tais relações com um olhar que concretize a cooperação, a responsabilidade social e a harmonia entre as pessoas.

O declínio do Estado Liberal, bem como a absorção da solidariedade por parte de todo o ordenamento jurídico, provocou transformações em inúmeros institutos regulamentados pelo Direito. Com sua crescente força normativa, o princípio/direito fundamental à solidariedade vem ganhando destaque na atualidade. Em razão disso, o artigo propõe-se, a partir deste momento, a citar alguns dos principais reflexos provocados pela solidariedade no ordenamento jurídico brasileiro.

Um dos primeiros institutos a ser permeado pela solidariedade foi a propriedade, pois ela deixou de ser um espaço externamente delimitado

para satisfação do desenvolvimento de toda e qualquer atividade desempenhada pelo proprietário, e passou a ser um espaço que deve se coadunar com os centros de interesses extraproprietários. Além disso, a revitalização do instituto por parte da solidariedade impôs que seu exercício deve estar em consonância com a função social estabelecida no texto constitucional (MORAES, 2012, p. 10).

O campo contratual foi outra seara “atingida” pela solidariedade. Nesse âmbito, consoante esclarecem os ensinamentos de Moraes (2012, p. 10),

[...] o contrato deixou de ser um simples instrumento de atuação da autonomia privada, para desempenhar, também ele, uma função social. No novo modelo, o enfoque não é mais voluntarista, voltando-se para a busca de um concreto equilíbrio entre as partes contratantes, através inclusive do balanceamento das prestações, vedada a excessiva onerosidade, e para a observância imperiosa do princípio da boa-fé objetiva, fonte de deveres e de limitação de direitos para ambas as partes.

Com relação às transformações operadas no âmbito das relações familiares, estas foram bastante profundas. Nesse caso particular, a família, devido à permeabilidade da solidariedade, despreendeu-se das rígidas hierarquizações – visivelmente preocupadas com o patrimônio e o matrimônio – e vinculou-se a um espaço privilegiado de realização pessoal para todos os indivíduos componentes do laço familiar. Como exemplos dessa nova concepção, destacam-se, entre outros, o reconhecimento da união estável homoafetiva; a igualdade entre cônjuges e a igualdade entre filhos; a prevalência do melhor interesse da criança e do adolescente; e o regime de prestação alimentícia baseado no binômio capacidade-necessidade (MORAES, 2012, p. 10).

No âmbito do direito ambiental, é possível perceber que a solidariedade ampliou a abrangência desse princípio/direito para as futuras gerações, isto é, por meio da justiça intergeracional surge o dever do Estado e, também, da sociedade como um todo, em envidar esforços no que diz respeito à preservação do meio ambiente para as futuras gerações. É amplamente necessário que as gerações atuais se comprometam em cuidar do meio ambiente para que as próximas gerações também possam dele usufruir (TORRES, 2003, p. 10).

Muito embora a solidariedade tenha se propagado por diversos campos jurídicos, indubitavelmente a responsabilidade civil foi um dos institutos mais agraciados com suas exigências e novas perspectivas. O alastra-

mento da responsabilidade objetiva no século XX, mediante a adoção da teoria do risco, comprova a superação do paradigma jurídico individualista no que concerne à resolução dos problemas sociais desse campo. A multiplicação de acidentes que ocasionavam o desamparo às vítimas fez com que, gradativamente, passasse a se atribuir a responsabilidade não apenas em razão da conduta dolosa ou culposa, mas com base no exercício desempenhado pelos indivíduos. Assim, a responsabilidade civil poderia ser invocada nas demais situações, e não somente naquelas em que houvesse o cometimento de alguma falta (MORAES, 2012, p. 10-11).

Analisadas algumas situações em que a solidariedade provocou reflexos bastante significativos no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, é possível afirmar que esse princípio/dever, muito embora seja recente no seio da sociedade atual, é um instrumento extremamente valioso na busca por relações menos individualistas, mais justas, e mais igualitárias. A aplicação e observância da solidariedade em todas as relações humanas se afigura como base essencial para a concretização da dignidade da pessoa humana e de uma sociedade melhor. Uma sociedade em que os homens percebam a coletividade e vivam em harmonia.

5 CONCLUSÃO

Efetuados breves apontamentos sobre o tema proposto, é possível verificar o delineamento de um novo contexto do direito privado brasileiro, o qual é fruto da superação dos aspectos patrimonialistas e individualistas característicos do Estado Liberal e do conseqüente surgimento da constitucionalização do direito privado. A partir dessa nova perspectiva, o centro primordial das relações entre indivíduos passa a ser a dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, considerando que a pessoa é inserida no topo da proteção jurídica, é perfeitamente possível que os direitos e garantias fundamentais tenham aplicação direta no âmbito das relações particulares. É justamente nesse contexto que é possível verificar como o princípio/direito fundamental à solidariedade transformou e provocou reflexos no ordenamento jurídico brasileiro, pois, a partir do momento em que ele passa a permear as relações privadas, presume-se que todas elas deverão observar – e procurar concretizar – o referido princípio/direito.

A solidariedade, conforme já inferido, não se trata de uma imposição à liberdade individual, mas de um valor voltado para a concretização da

dignidade da pessoa humana. Assim sendo, o princípio/direito fundamental à solidariedade deve ser o fio condutor de todas as ações individuais, as quais devem concentrar seu foco na coletividade, buscando a harmonia, a cooperação e a colaboração entre indivíduos.

Ainda que, por algumas vezes, possa parecer que a solidariedade não passa de um mero valor esquecido, no presente trabalho foi possível perceber que tal princípio/direito está vivo no ordenamento jurídico. O homem não vive sozinho. Assim sendo, deve esforçar-se, dia após dia, para viver de forma harmoniosa e integrada, situação que sempre abrirá maior margem para a concretização de um dos valores primordiais da existência humana na Terra: a dignidade.

REFERÊNCIAS

ARONNE, Ricardo Aronne. *Razão e caos no discurso jurídico e outros ensaios de direito civil-constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BAGGIO, Antônio Maria. A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”. In: _____. (Org.). *O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 11 abr. 2016.

CAGLIARI, Cláudia Taís Cerqueira. A constitucionalização do direito civil. In: REIS, J. R. dos; CERQUEIRA, K. L. (Orgs.). *Intersecções jurídicas entre o público e o privado*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e a teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CARDOSO, Alenilton da Silva. Princípio da solidariedade: a confirmação de um novo paradigma. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 10-29, 2012.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, I. W. (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FINGER, Julio César. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. In: SARLET, I. W. (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 2. ed. Madrid: Alianza, 1996.

GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

GORIA, Fausto. Fraternidade e direito: algumas reflexões. In: CASO, G. et al. (Org.). *Direito e fraternidade: ensaios, prática forense*. São Paulo: LTr, 2008.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais Alemã e Norte-Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. O princípio constitucional da solidariedade nas relações de família. In: CONRADO, M.; PINHEIRO, R. F. (Coords.). *Direito privado e Constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio*. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. Constitucionalização do direito civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 141, jan./mar. 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *O princípio da solidariedade*. 2012. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca9.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REIS, Jorge Renato dos. A constitucionalização do direito privado e o novo código civil. In: LEAL, R. G. (Org.). *Direitos sociais & políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SPENGLER, Fabiana Marion. *Fundamentos políticos da mediação comunitária*. Ijuí: Unijuí, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, I. W. (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

O DIREITO À ALTERAÇÃO DO NOME E DESIGNAÇÃO DO GÊNERO À LUZ DO PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Alexandre Rocha Moni

Especialista em Direito Tributário pela Escola Paulista de Direito (EPD). Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Integrante do Grupo de Pesquisa “Intersecções Jurídicas entre o Direito Público e Privado”, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISC, coordenado pelo Prof. Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis. Advogado.

Contato: alexandre@gmradvocacia.com.br

Marcos Vinícius da Rosa

Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Integrante do Grupo de Pesquisa “Intersecções Jurídicas entre o Direito Público e Privado”, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISC, coordenado pelo Prof. Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis. Advogado. Psicólogo.

Contato: m.vini.r@hotmail.com

Resumo:

Sob a ótica da constitucionalização e da repersonalização do direito privado, busca-se definir a extensão da tutela do direito ao “nome social” para propiciar o livre desenvolvimento da personalidade de forma mais plena aos transgêneros, a partir do direito fundamental à identidade pessoal. Trata-se, primeiramente, de uma contextualização histórica do referido processo de constitucionalização, passando pela busca das origens do direito privado, abordando paralelamente as dimensões dos direitos fundamentais, incluindo-se nestes os direitos de personalidade. Dentre os direitos de personalidade, está o direito ao nome, e, tratando-se do transgênero, em especial, temos o nome social, direito já assegurado em âmbito administrativo no Brasil. À guisa de conclusão, tem-se que o direito ao “nome social”, apesar da inexistente previsão legal, constitui-se em fundamental vitória simbólica dos movimentos LGBTs na direção de uma jurisdição constitucional contemplativa e acolhedora da diversidade, proporcionando aos cidadãos o direito fundamental à identidade pessoal que lhe aprouver, na realização de sua dignidade humana.

Palavras-chave: Constitucionalização. Repersonalização. Direitos da personalidade. Gênero. Travestis. Nome social.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da possibilidade de exercício de direitos, da necessidade de tutela de direitos pelo Estado e pela sociedade, sem necessariamente haver legislação específica para determinados casos. Isto porque, em um sistema constitucional aberto, com base em amplos princípios constitucionais, é possível a concretização de tais direitos, principalmente por via da cláusula geral da dignidade da pessoa humana.

Inicia-se com uma breve análise e descrição do processo de construção dos direitos fundamentais e suas dimensões, com ênfase aos direitos da personalidade, seu histórico e características jurídicas. Em seguida, será abordada a temática da condição dos transgêneros e o respectivo direito à alteração do prenome coadunado com a designação de gênero.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Com o avançar histórico dos tempos, várias foram as épocas, sistemas de governo, declarações de direitos, Constituições, enfim, as mais variadas formas de governar, os mais variados pensamentos filosóficos e doutrinários, os mais diferenciados povos e suas características ambientais que fizeram com que fossem modificadas as normas jurídicas ao longo do tempo.

Todos os direitos fundamentais estão voltados ao encontro de um ideal, que é a dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, esta seria o fundamento da positivação da Constituição. Considera-se então, os direitos fundamentais como sendo “princípios jurídicos que concretizam o respeito à dignidade da pessoa humana” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 573). Dessa forma, os direitos fundamentais (sendo princípios) constituem um objeto para a consecução do fim, que é a dignidade da pessoa humana. Esses direitos constitucionais têm a vinculação do poder público para a concretização de seus objetivos, limitando, ao mesmo tempo, qualquer espécie de abuso de poder por parte das autoridades.

Então, os direitos fundamentais surgiram efetivamente para limitar o poder do Estado, que em determinadas épocas (não tão distantes) se via acima de tudo e de todos. A partir das declarações de direito e a positivação de Constituições, começa o indivíduo a ser cada vez mais o centro das atenções do Estado. O bem coletivo começa a ser maior que o bem individual e assim deve continuar sendo protegido.

Os direitos fundamentais possuem como características, a historicidade (que trata da evolução cronológica relacionada aos acontecimentos), a universalidade (destinam a todos), a inalienabilidade (são intransferíveis), a imprescritibilidade (não se perdem no tempo), a irrenunciabilidade (pois não se pode dispor deles), a limitabilidade (pode sofrer limitação em relação a outro direito fundamental), a concorrência (podem ser exercidos cumulativamente), a proibição do retrocesso (não podem ser suprimidos, abolidos ou

enfraquecidos) e a constitucionalização (são superiores a qualquer positivação que possa entrar em conflito com eles) (CUNHA JÚNIOR, 2012).

2.1 Dimensões dos direitos fundamentais

No contexto da evolução dos direitos fundamentais, surge na doutrina a classificação de “dimensões” ou “gerações”, designando cada dimensão ou geração às épocas de seu surgimento.

Uma observação se deve ao termo “gerações”, que leva a crer que se trata de cisões na história, o que não se coaduna com a verdade. O que se observa é que, num primeiro momento, não havia direitos fundamentais e posteriormente foram somando-se uns aos outros, sem, no entanto, deixar de permanecer o direito fundamental já existente (SARLET, 2012). Por esta razão, prefere-se usar neste trabalho a expressão “dimensões” para designar as épocas dos direitos fundamentais. Paulo Bonavides também reforça essa tese, quando diz que “o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes” (BONAVIDES, 2004, p. 571-572). Os pesquisadores dos direitos fundamentais elencam várias dimensões dos direitos fundamentais, as quais passaremos a ver as mais conhecidas.

Já no século XVIII, marcado pelo liberalismo das ideias filosóficas dos contratualistas, jusnaturalistas e iluministas, surgem direitos marcados pela não intervenção do Estado em algumas situações. O Estado passa a ter o dever de assegurar um mínimo de direitos de liberdade que antes não existiam, surgindo assim os direitos de primeira dimensão.

Esses direitos surgem a partir das declarações de direito da época e num primeiro momento têm uma feição individualista, visto que são preocupados somente com o indivíduo em si, tratando de sua liberdade, propriedade, segurança e vida. Num segundo momento, passam a analisar o coletivo, assim como os direitos políticos (CUNHA JÚNIOR, 2012).

Nos direitos fundamentais de segunda dimensão, o homem deixa de ser paciente em relação à aceitação das condições de vida impostas, abandona o liberalismo, que era caracterizado pelo individualismo, e a partir da Revolução Industrial, que trouxe consigo uma grande carga negativa de condições degradantes aos trabalhadores, reivindica melhoras no âmbito trabalhista em especial, mas também para a sociedade em geral. Dessa maneira,

o Estado se vê cada vez mais obrigado a intervir nas relações da sociedade com o intuito de eliminar os conflitos existentes. A partir da industrialização ocorrida na época, o Estado percebe a necessidade dessa intervenção, ocorrendo a libertação da sociedade da opressão anteriormente sofrida, a partir da intervenção socioeconômica, mediante a inclusão de diversos direitos sociais. Fato visto principalmente e em maior extensão nas Constituições após a Primeira Guerra Mundial, no século XX (SARLET, 2012).

Os direitos fundamentais de terceira dimensão se caracterizam principalmente pela não destinação de obrigações ao Estado. Essa terceira dimensão traz os direitos de solidariedade, onde o titular e destinatário do direito é o próprio homem, em relação um com os outros. Dentro desta dimensão podemos citar o direito ambiental equilibrado, direito à paz mundial, direito à autodeterminação dos povos e o direito ao desenvolvimento, todos esses positivados na Constituição de 1988, claro que há espaço para diversos outros ainda não positivados (CUNHA JÚNIOR, 2012).

Há autores que defendem a existência de direitos fundamentais de quarta, quinta e sexta dimensões ainda, porém as duas últimas posições não são compartilhadas por muitos (SARLET, 2012). Um doutrinador que é ferrenho defensor da quarta dimensão é Paulo Bonavides. Essa quarta dimensão seria a própria globalização dos direitos fundamentais, pois, a partir da universalização deles, estaria dando razão para sua própria existência, assim como a existência do Estado Social. Para o autor, integram a essa quarta dimensão, os direitos à democracia, informação e pluralismo.

O autor Paulo Bonavides defende, também, a existência da quinta dimensão de direitos fundamentais e que esta seria a transposição da paz, que está inserida na terceira dimensão, à quinta dimensão. Isso deve ocorrer, pois, em virtude da evolução da sociedade, mais se faz necessária a paz, tanto que sem ela torna-se inviável a vida em sociedade. Então, para Paulo Bonavides, a paz merece uma dimensão exclusiva, tamanha a sua importância, devendo ser positivada nas declarações e Constituições.

Pôde ser analisado, que os direitos fundamentais sofrem mutações de acordo com as modificações da sociedade. Assim, nada impede que surjam outras teorias a esse respeito, sendo necessárias outras dimensões com diversos outros direitos que passam a ser considerados fundamentais. A partir do delineamento das dimensões dos direitos fundamentais, no capítulo seguinte serão analisadas as características dos direitos de personalidade, que estão inseridos na classificação dos direitos fundamentais de segunda dimensão, já introduzidos neste capítulo.

2.2 Direitos da personalidade

Impulsionados pelo processo de constitucionalização e repersonalização do direito privado, a partir da Constituição Federal de 1988, os direitos da personalidade começam a ganhar contornos cada vez mais definidos, tanto é que o Código Civil de 2002 reservou a eles um capítulo específico, elencando um rol ilustrativo e não fechado, adequando-se à lógica de um sistema constitucional aberto, gerando inúmeras possibilidades ao intérprete da norma e dos preceitos constitucionais, o qual deverá guiar-se pelos princípios constitucionais norteadores, tendo como diretriz axiológica máxima o princípio da dignidade da pessoa humana para o pleno desenvolvimento da pessoa possibilitando dessa forma o livre exercício dos direitos da personalidade.

É importante ainda fazer uma diferenciação entre direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade. Esta diferenciação tem a ver com o plano no qual os direitos da personalidade se manifestam. Sendo assim, a expressão “direitos humanos” é muito mais empregada no plano internacional, independentemente de sua regulação em cada Estado. Por seu turno, a expressão “direitos fundamentais” é utilizada para referir-se aos direitos positivados nas respectivas Constituições de cada Estado nacional. Finalmente, a expressão “direitos da personalidade” é usada para designar os atributos e características humanas as quais necessitam de especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na inter-relação com particulares, o que de forma alguma impede que estes direitos encontrem guarida constitucional, nos planos nacional e internacional.

O próximo tópico destina-se a abordar brevemente o desenvolvimento histórico dos direitos da personalidade, bem como suas características jurídicas clássicas.

2.2.1 Histórico

A história dos direitos da personalidade confunde-se e coincide com a dos direitos fundamentais. Em lição de Szaniawski (1993), aprende-se que a personalidade abarca todos aspectos e características individuais do próprio sujeito, sendo estas inerentes à pessoa humana. É por meio da personalidade que o sujeito poderá acessar os demais direitos e bens jurídicos. Por sua vez, os direitos da personalidade visam à proteção da dignidade humana em suas vicissitudes, frente a abusos ou ameaças, para a garantia do pleno desenvolvimento da pessoa.

Ao se considerar a evolução do direito constitucional positivo, assim como também no plano internacional, os direitos da personalidade foram recepcionados de forma relativamente tardia. Os direitos humanos já haviam sido consagrados em grandes declarações de direito na Europa e nos Estados Unidos.

A partir da segunda metade do século XIX é que começaram a surgir os primeiros contornos dos direitos da personalidade, primeiramente na esfera do direito civil. Conforme Schreiber (2014), a expressão direitos da personalidade foi inicialmente concebida por jusnaturalistas franceses e alemães, com o objetivo de designar especificamente direitos inerentes e inatos ao homem, os quais seriam preexistentes ao próprio reconhecimento pelo Estado, pois essenciais à condição humana, e sem a existência dos quais todos os outros direitos subjetivos perderiam o sentido de existir. Schreiber (2014) ensina ainda que se deve enxergar a noção de personalidade sob dois aspectos distintos. O primeiro deles é o aspecto subjetivo, ou seja, está ligado à capacidade que toda pessoa (física ou jurídica) tem de se tornar titular de direitos e de obrigações, no sentido de pretensão de direitos. O segundo aspecto, o objetivo, liga-se ao conceito de personalidade como um conjunto de características e atributos essenciais à pessoa humana, o que é considerado objeto de proteção pelo ordenamento jurídico. É nesse sentido que será dada ênfase no presente trabalho.

Mais particularmente, no decorrer do século XX, após as atrocidades da Segunda Grande Guerra Mundial, é que os direitos da personalidade ganharam contornos mais definidos, sendo incorporados gradativamente como cláusulas gerais, visando à proteção e à promoção da personalidade, nos textos de várias Constituições da Europa e da América. É fundamental salientar, portanto, que foi a partir da modificação que se operou nos sistemas jurídicos no contexto do pós-guerra, na metade do século XX, que os direitos da personalidade foram tomando contornos mais definidos. Este foi o grande marco, embora já houvesse muitos institutos os quais tratavam da tutela da pessoa ao longo dos séculos progressos (CANTALI, 2009).

O rol de direitos da personalidade expressos no Código Civil de 2002 contemplou principalmente o direito ao próprio corpo, o direito ao nome, o direito à honra, o direito à imagem e o direito à privacidade. Entretanto, este rol é meramente ilustrativo, podendo decorrer destes, outros direitos da personalidade. A Carta Magna de 1988 contempla expressamente alguns dos direitos da personalidade, todavia os que não se encontram expressamente positivados podem ser deduzidos implicitamente, tendo

sempre como norteador o princípio da dignidade humana, por força do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal (SCHREIBER, 2014).

Os direitos da personalidade alcançam força normativa, principalmente como desdobramento da dignidade da pessoa humana como fundamento principal da república, bem como por sua estreita confluência com os preceitos do artigo 5º, que dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais. Também são tutelados os direitos da personalidade por via do artigo 3º, incisos I e IV, que, como objetivos da república, trazem como diretriz a construção de uma sociedade justa e solidária, a promoção do bem-estar coletivo e a vedação a atos discriminatórios (REIS, 2015).

Portanto, a tutela dos direitos da personalidade projeta-se para todos os ramos do direito que, por meio da releitura de seus institutos sob a égide da normativa constitucional, fará incidir, tendo por base a cláusula geral de dignidade da pessoa humana, os direitos personalíssimos redeseñados pelo processo de constitucionalização e repersonalização.

2.2.2 Características jurídicas clássicas dos direitos da personalidade

Particularmente, os direitos da personalidade possuem características clássicas que lhe são peculiares. A intransmissibilidade, por exemplo, a qual significa que tais direitos não podem ser transferidos de uma pessoa a outra, nascem e morrem com a mesma pessoa, não podendo ser alienados a outrem. Característica esta, determinada expressamente no artigo 11 do Código Civil, que abre a descrição do rol dos direitos da personalidade no referido estatuto. De forma contrária ao que ocorre com os direitos de propriedade ou de créditos, os quais são alienáveis, por exemplo, aos herdeiros do falecido, observa Schreiber (2014) que os direitos à imagem, à honra, à privacidade, bem como todos os demais direitos da personalidade são exclusivamente de seu titular.

São ainda trazidas por Cantali (2009) outras características intrínsecas aos direitos da personalidade, como a vitaliciedade, que se caracteriza por estar o direito essencialmente colado ao sujeito desde sua concepção até sua morte, ou ainda, podendo gerar reflexos mesmo após a morte, como há previsão no artigo 12, parágrafo único do Código Civil. São ainda direitos necessários, pois essenciais à realização da pessoa humana, constituindo-se como base subjetiva de exercício para todos os outros direitos.

Os direitos da personalidade são também irrenunciáveis, como preceitua o artigo 11 do Código Civil, não podendo o seu exercício sofrer limi-

tação voluntária. Assim, o seu titular não pode despir-se desses direitos. Todavia, como coloca Scheiber (2014), tal dispositivo não deve ser interpretado literalmente. Pois existem, na atualidade, situações como os *reality shows*, em que o direito à privacidade estaria sendo totalmente violado e estaria acontecendo a referida limitação voluntária.

Ou seja, não seria obviamente permitido a uma pessoa expor-se *ad infinitum*, a uma situação de limitação de sua privacidade, ou de qualquer modo, ou ainda para qualquer fim. A questão é realmente polêmica, ainda mais quando se considera a quais interesses estão a serviço tais limitações de direito.

Os direitos da personalidade são também indisponíveis. Tal característica guarda íntima relação com a irrenunciabilidade. Dispor é ter a capacidade e titularidade para exercer o direito, neste sentido, a indisponibilidade vedaria atos de renúncia e limitação dos direitos da personalidade. Contudo, como já referido, a partir de um pressuposto de autodeterminação da pessoa, como exercício de sua personalidade e como forma de realização de sua dignidade, é possível a flexibilização desta indisponibilidade, sendo necessária sempre a análise do caso concreto para a averiguação de que tal ato de disposição não se constitua contrário aos valores constitucionais e à ordem pública (CANTALI, 2009).

Resta ainda falar sobre a característica de oponibilidade a terceiros dos direitos da personalidade. Ou seja, tais direitos possuem eficácia *erga omnes*, necessitando ser respeitados frente a todos. Tal característica gera frente à sociedade e ao Estado um dever de abstenção, ou seja, uma postura negativa no sentido de não limitação e respeito ao exercício dos direitos da personalidade. Bem como, sob uma perspectiva objetiva, de dever de proteção, obriga também ao Estado de forma prestacional e também à comunidade em geral, no sentido da realização de tais direitos (CANTALI, 2009, p. 136).

Considerando que o legislador não consegue prever todas as situações possíveis aos casos concretos, e tendo em vista que possui um sistema constitucional aberto, passível de interpretações extensivas balizadas por diretrizes principiológicas, os operadores do direito são constantemente convidados pela realidade fática a contribuírem com interpretações construtivas para o delineamento de balizas e parâmetros que possibilitem um melhor enfrentamento dos casos concretos que se multiplicam cada vez mais em nossa realidade contemporânea.

3 A QUESTÃO DO NOME SOCIAL NO DIREITO PRIVADO REPERSONALIZADO

Neste capítulo tratar-se-á sobre o direito ao nome, abordando aspectos específicos de sua constituição na legislação pátria, bem como sobre as hipóteses específicas em que são permitidas alterações. Será discutida a questão do direito ao nome social, especificamente no que se refere aos transgêneros e, mais particularmente, às travestis, grupo que reivindica tratamento social coerente com suas características físicas. Para isto, inicia-se com uma discussão a respeito da construção da identidade pessoal, bem como da condição de transgênero, como se passa a expor.

3.1 A condição de transgênero

Esta temática é de grande complexidade e também envolve homérica polêmica, pois evoca grande carga cultural e moral. Dependendo do “lugar” de onde se olha, tal concepção de transgênero poderá ser “medicalizada” ou moralizada por linguagens e definições que nunca se encontram livres ou neutras no que concerne à apreensão da realidade.

Torna-se oportuno definir, sucintamente, que o termo transgênero opera como um conceito mais genérico, que abarca como um “guarda-chuva”, diversas designações de pessoas que se identificam com o gênero oposto, ou que fogem dos padrões de dominação heteronormativos tradicionais, que podem ser também designados como cisgêneros. O termo transgênero, portanto, englobaria os homossexuais, os bissexuais, as travestis, os/as transexuais, e tantas outras “classificações” às quais não necessariamente se prendem a essas terminologias.

De antemão, é fundamental esclarecer que as travestis apresentam uma crucial distinção dos/das transexuais, pois, enquanto estes/estas buscam uma cirurgia de transgenitalização, para completarem-se em sua realização pessoal identitária, pois sentem que nasceram mulheres em um corpo fisicamente (e socialmente) definido como masculino ou vice-versa, as travestis, na sua grande maioria, exercem uma postura de subjetividade homossexual masculina, desejando eroticamente homens, ou até mesmo mulheres, mas aceitando a condição genital fálica do órgão sexual masculino, embora constituam atributos de expressão e imagem essencialmente femininos.

Dentro de um enfoque referencial médico psiquiátrico de classificações nosológicas, faz-se necessário referir que o Código Internacional de

Doenças (CID) de 1980 retirou de sua lista o homossexualismo, o que se pode considerar reflexo do desenvolvimento e evolução cultural e tolerância social, bem como resultado de lutas das classes homossexuais na garantia de seus direitos. Entretanto, o transexualismo continua constando em sua lista de doenças, sob o código F64.0. É interessante notar que o sufixo “ismo” refere-se à patologia, e particularmente no caso do transexualismo, classifica-o como uma perversão sexual, uma forma de parafilia. Bento (2006, p. 47) observa que os parâmetros para a confecção do diagnóstico e tratamento da transexualidade “baseiam-se em dois documentos: nas normas da HBIQDA e no Manual de Diagnóstico e Estatísticas de Distúrbios Mentais (DSM) da Associação Psiquiátrica Americana (APA)”.

Em 1980, ano em que retirara a categoria homossexualismo de sua lista, a APA inclui a transexualidade como categoria de “Transtornos de Identidade de Gênero” (BENTO, 2006). Na quinta edição do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-5), que vige a partir de 2014, o documento utiliza um termo diferente do DSM-IV (que utilizava “Transtorno de Identidade de Gênero”), pretendendo esse termo ser mais genérico descritivo, “Disforia de Gênero”, refere-se ao “descontentamento afetivo/cognitivo de um indivíduo com o gênero designado” (DSM-5, 2014, p. 451). Ou seja, uma manifestação de mal-estar, de incongruência com relação ao sexo de nascimento em face do gênero expresso ou experimentado, um conflito de inadequação entre corpo e subjetividade. Sendo que a elaboração do diagnóstico se baseia centralmente nesta discrepância, mas também prevê critérios diagnósticos específicos que devem persistir durante determinado período (DSM-5, 2014).

Logicamente, é do lugar da ciência que partem as classificações e patologizações das expressões da sexualidade. É preciso muita cautela para perceber que, na maioria das vezes, tais constructos teóricos operam a serviço de grupos hegemônicos, dentro de relações de poder, a partir das quais interessam tais hierarquizações para a manutenção de um determinado *status quo*.

Muitos termos e expressões são utilizados para descrever a diversidade de possibilidades da expressão e das condições de sexualidade. É mister, portanto, apreender que, especificamente, o termo transgênero, designa uma gama muito ampla de sujeitos que se identificam com gêneros diferentes do sexo de nascimento, sendo este, como referido anteriormente, um termo “guarda-chuva”, que abarca outros subtipos, entre os quais pode-se identificar as travestis. Por sua vez, a expressão transexual diz

respeito àqueles indivíduos que buscam uma transição social e genital do masculino para o feminino, ou vice-versa, envolvendo mudanças hormonais, bem como a cirurgia de transgenitalização (DSM-5, 2014).

Assim, considerando a expressividade desse grupo social, o qual encontra severas dificuldades, à pena de muito sofrimento e discriminação em busca de sua plena realização pessoal e social enquanto cidadãos, faz-se mister que o Estado amplie sua tutela para possibilitar a retificação do nome, viabilizada pelo “nome social”, enquanto promoção da dignidade humana, distribuição de justiça, de igualdade e de solidariedade.

3.2 O direito ao nome

O nome encontra-se em íntima interconexão com a identidade. Sendo atributo necessário para a identificação da pessoa, para a sua individualização, para a associação da pessoa às suas características inerentes, conferindo-lhe exclusividade. É também o nome compreendido como parâmetro obrigatório para a convivência coletiva, para a garantia da segurança social. É o instrumento que publiciza os atributos da pessoa para a referência ao público aos atos sociais e da vida civil, sendo um elo de sua vida com a sociedade. Permite que a pessoa seja “imediatamente lembrada, mesmo em sua ausência e a longas distâncias” (BITTAR, 1989, p. 120).

Schreiber (2014) atenta para o fato de que, no Brasil, o nome é tido como questão estatal, sendo regulado por lei infraconstitucional, a Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), a qual, na verdade, impõe a obrigatoriedade do nome após o nascimento (arts. 54 e 55). Com isto, sustenta o referido autor que, o que existe não é um direito ao nome, mas um dever ao nome. Obriga a referida lei que o assento do nascimento deverá conter o nome e o prenome, para efeitos jurídicos de publicidade e de proteção. Toda pessoa é frequentemente impelida a identificar-se, principalmente em atos solenes, sendo assim, depreende-se que é vedado a não adoção de um nome, o que se encerra claramente em um dever.

A legislação brasileira protege o nome e algumas de suas variações. O Código Civil dispõe sobre o nome nos artigos 16, 17, 18 e 19, sendo que este último se refere ao pseudônimo. O artigo 16 da Lei 10.406/02 preceitua que “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”. Como foi dito, essa proteção estende-se também ao pseudônimo, bem como aos apelidos notórios, ou alcunhas.

Deve-se, portanto, interpretar tais dispositivos de forma extensiva, sendo que lacunas deixadas pelo legislador serão resolvidas pela proteção e garantia constitucional, por via da constitucionalização dos direitos da personalidade. Pois, como já foi referido anteriormente, o rol de direitos da personalidade positivados no Código Civil deve ser entendido como meramente exemplificativo, suportando entendimentos hermenêuticos de maior elasticidade, coadunados com a ordem constitucional.

Neste sentido, a Lei de Registros Públicos, Lei 6.015/73, permite em algumas hipóteses a alteração do nome. A redação originária do artigo 59 desta lei trazia a imutabilidade como regra geral, muito embora a retificação já fosse admitida no caso de erros de grafia, bem como trazia a proibição aos registradores de registrarem “prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores”, o que atualmente é parte inicial do parágrafo único do artigo 55. Permanece ainda a regra geral de imutabilidade do nome, excepcionando-a a casos especiais previstos em lei ou suscetíveis a provimento judicial.

3.3 O nome social do transgênero

A conceituação do nome social pode ser um tanto ambígua. Alguns o definem como o “apelido”, a forma de denominação como a pessoa é conhecida notoriamente em suas relações públicas, em suas relações sociais. Seria, em suma, o prenome utilizado nas relações sociais ordinárias.

No âmbito de abrangência das instituições de ensino, a Portaria 1.612, de 18 de novembro de 2011, do Ministério da Educação, tutelou esse direito, trazendo no parágrafo 1º do seu artigo 1º a previsão da garantia de utilização do nome social por pessoas transexuais e travestis, bem como uma definição do nome social:

Art. 1º Fica assegurado às pessoas transexuais e travestis, nos termos desta portaria, o direito à escolha de tratamento nominal nos atos e procedimentos promovidos no âmbito da Ministério da Educação.

§ 1º Entende-se por nome social aquele pelo qual essas pessoas se identificam e são identificadas pela sociedade.

O parágrafo 2º do referido artigo, dispõe que tais direitos abrangem os agentes públicos do Ministério de Educação, cabendo às suas autarquias a devida regulamentação, observadas as suas competências. Dispõe ainda

o artigo 2º sobre as possibilidades específicas em que tal requerimento poderá ser feito:

Art. 2º Fica assegurada a utilização do nome social, mediante requerimento das pessoas interessadas nas seguintes situações:

- I – cadastro de dados e informações de uso social;
- II – comunicações internas de uso social;
- III – endereço de correio eletrônico;
- IV – identificação funcional de uso interno do órgão (crachá);
- V – nome de usuário em sistemas de informática.

Entretanto, o parágrafo 4º do referido artigo observa que, “o prenome anotado no registro civil deverá ser utilizado para os atos que ensejam a emissão de documentos oficiais, acompanhado do prenome escolhido”. Ou seja, entende-se que a utilização do nome social se constitui em uma alternativa mais célere, mais rápida, para que a pessoa possa exercer seus direitos no âmbito de suas relações sociais, atendendo também ao seu interesse essencial de identidade pessoal, de acordo com sua constituição de personalidade, evitando descompassos e constrangimentos que atentem contra sua dignidade.

Mais especificamente, no estado do Rio Grande do Sul, o Decreto 49.122, de 17 de maio de 2012, instituiu a regulamentação do uso da carteira de nome social para os/as transexuais e as travestis no estado, cabendo ao Instituto-Geral de Perícias a sua confecção, sendo autorizada a expedição após 90 dias da publicação do decreto. O referido decreto regulamenta o exercício dos direitos que já haviam sido previstos no Decreto 48.118, de 27 de junho de 2011, o qual prevê que, nos atos e procedimentos dos “Órgãos da Administração Pública Direta ou Indireta de atendimento à travestis e transexuais, deverá ser assegurado o direito à escolha do nome social, independentemente de registro civil [...]” (Art. 1º, Decreto 48.118/11). A Corregedoria Geral da Justiça recomenda aos magistrados, em Ofício-Circular nº 123/2012-CGJ, que, em caso de apresentação da carteira de nome social, a adoção do tratamento nominal e verbal compatível com este deverá ser respeitado para a identificação da pessoa.

É interessante ainda observar que foi proposta em julho de 2009, pela Procuradoria Geral da República, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4275) perante o Supremo Tribunal Federal,

com o objetivo de que fosse dada ao artigo 58 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), interpretação conforme a Constituição, no sentido de visar a garantia do direito à alteração registral do nome, independentemente da cirurgia de transgenitalização.

Necessário também dizer que não há lei federal que regulamente tais direitos. Existe atualmente a tramitação de projeto de lei, o chamado “Projeto João Nery” (5002/2013), na Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, de autoria dos deputados federais Jean Wyllys (PSOL-RJ) e Erica Kokay (PT-DF), buscando o reconhecimento de que a identidade de gênero é um direito que assiste ao cidadão. A proposta preconiza a liberação de alteração do nome, para maiores de 18 anos, sem necessidade de autorização judicial, bem como a liberação da alteração do sexo nos documentos pessoais, sem necessidade de cirurgia. Dessa forma, os documentos oficiais serão modificados e os nomes anteriores omitidos por completo.

A regulamentação da instituição do nome social via decretos e portarias fez com que os requerimentos para este fim aumentassem consideravelmente. No estado de São Paulo, nas inscrições para o ENEM de 2015, conforme notícia veiculada em junho deste ano por Santos (2015, www.g1.globo.com), o número de candidatos a requererem o uso do nome social aumentou de 44 para 127 solicitações. Pode-se imaginar o expressivo número de evasão escolar ocasionado por situações vexatórias vivenciadas pelas travestis no curso de sua vida escolar.

No Rio Grande do Sul, o uso da carteira com “nome social” regularizado por decreto, já referido anteriormente, passou a vigor em agosto de 2012. Em notícia veiculada em maio de 2012, grande número de travestis são beneficiados por tal previsão, sendo que a carteira, oferecida pela Secretaria de Segurança Pública (SSP), terá validade no âmbito das instituições de ensino, nas instituições de saúde, enfim, nos órgãos da administração direta e indireta do Estado. Entretanto, haverá validade somente dentro do território do estado do Rio Grande do Sul (MOREIRA, 2012).

Ou seja, é urgente que a sociedade como um todo esteja atenta e sensível à discussão desta temática, que é contemporânea e atual. As questões de gênero e de sexualidade não devem ser consideradas e analisadas sob uma lógica binária e heteronormativa. Assim como os fenômenos da constitucionalização e da repersonalização do direito privado consagraram lançar um novo olhar sobre o Direito, deflagrando os princípios e direitos fundamentais constitucionais que se irradiam para todo o ordenamento jurídico.

Na linha de raciocínio desenvolvida no decorrer dessa pesquisa, resta claro o entendimento de que gênero, sexualidade e desejo erótico, embora estejam intimamente relacionados, são institutos distintos e não se encontram colados, sendo construídos social e culturalmente no decorrer do processo histórico. Contemporaneamente, no Estado Social Democrático de Direito, é mister que a diferença e a diversidade de expressões sejam acolhidas. Não há como predeterminar uma única verdade ou certeza, mas formas diferentes de realização pessoal, as quais devem ser tuteladas pelo Direito, tendo como princípio matriz a dignidade da pessoa humana como prevalente frente a toda e qualquer forma de violência contra o livre desenvolvimento da personalidade, o qual encontra-se em um constante devir.

Como referido anteriormente, os/as transexuais que realizam cirurgia de transgenitalização encontram-se nitidamente na constituição de um gênero masculino ou feminino. Por sua vez, as travestis, tencionam os limites jurídicos e linguísticos, pois, por sua condição ambígua, transitam justamente na fronteira de gêneros, permanecendo com a genitália masculina, mas reivindicando uma condição social feminina, fundamentada na performatividade adequada ao universo feminino, bem como pela modificação corporal em atributos femininos, expressando-se socialmente como mulheres.

A realidade do segmento social das travestis desafia o Direito, que deve acompanhar a plasticidade expressa nas relações sociais contemporâneas, tendo-as como um acicate para a busca de novas soluções e acolhimento destas demandas. Neste sentido, o “nome social”, ainda que como solução intermediária, vem socorrer a dignidade das travestis em seu processo indenitário.

Encerra-se com o “nome social”, portanto, uma costura derradeira, que vem ilustrar e concretizar o direito ao livre desenvolvimento da personalidade como valor jurídico central, protagonizando uma qualidade inerente à dignidade da pessoa humana em direção à realização da vontade constitucional de todo Estado que se pretenda democrático, igualitário e solidário, na consolidação de uma sociedade substantivamente mais livre e mais justa. Encontra-se o ordenamento jurídico pátrio em direção a uma jurisdição constitucional no afã de ponderar uma mais efetiva e adequada tutela à pessoa humana.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que o instituto do “nome social” veio para beneficiar os transgêneros, pois assim esse grupo social passou a ter o direito de perso-

nalidade reconhecido perante, ao menos, a uma mínima parcela do Estado. Não podemos deixar de reconhecer as inúmeras dificuldades encontradas pelas pessoas que se encontram nesta situação. Nas mais diversas atividades do cotidiano, no dever de fornecer um documento oficial perante os diversos órgãos públicos, ou no simples ato de conferência numa empresa privada, têm sua identidade com o nome de batismo exposta, ensejando grande abalo psíquico ao indivíduo.

Neste passo, o nome social veio a beneficiar, em certa parte, quem se encontra na condição de transgênero. Porém, não veio a dirimir o sofrimento do transgênero, já que o nome social é um documento alternativo, não possuindo o poder de alterar qualquer documento oficial. Não podemos deixar de considerar que o nome social foi um grande avanço no País, porém muito ainda tem de ser feito.

Como mencionado, não há nenhuma lei brasileira em que seja autorizada a troca de prenome nos documentos oficiais, no caso dos transgêneros. No entanto, ainda tramita no Congresso Nacional os Projetos de Lei 70/1995 e 5002/2013 que regulariam tais casos.

Diante da inércia do Legislativo, inúmeros casos deste tipo surgem todos os dias no Brasil, obrigando o Poder Judiciário a decidir de acordo com o caso em concreto, por meio de critérios discricionários. Atualmente, a jurisprudência tem se inclinado a autorizar a mudança no assento de nascimento do prenome, tendo ou não o transgênero realizado a operação de transgenitalização.

Não poderia ser diferente tal posição adotada. O direito ao nome, como apontado anteriormente, é um direito de personalidade, fazendo parte então do rol de direitos fundamentais do ser humano. Além do direito ao nome, o seu assentamento de registro civil deve condizer às características atuais. Ora, se no momento do casamento, separação, viuvez ou morte são averbadas as informações juntamente ao seu registro, por que não efetuar o registro de sua designação de gênero?

Na prática, não poderia o registro civil estar em descompasso com a situação fática vivenciada pelo indivíduo. Se assim estiver, estar-se-ia diante de afronta aos direitos coletivos, daí sim ensejando uma insegurança perante à sociedade. De outro lado, se o indivíduo tem a aparência de um gênero e possui em seu registro civil o assentamento do gênero contrário, deve ser permitido a ele a retificação das informações, pois se não admitido, estar-se-ia negando não somente um direito individual, como também iria contra o interesse social, pois aquele registro civil estaria destoante à aparente realidade.

Não pode o Estado negar prestação ao indivíduo para que possa viver livre de qualquer preconceito. Aliás, esta prestação é dever do Estado, devendo realizar todas as ações no sentido de minimizar todo e qualquer tipo de discriminação.

O Estado não só tem a obrigação de autorizar a alteração do prenome, como tem o dever de incentivar a retificação do assentamento civil. Infelizmente, ainda não é possível realizar a mudança do prenome em sede administrativa, sendo imperioso o interessado, através de advogado, interpor judicialmente seu direito de personalidade constitucionalmente tutelado. Felizmente há de chegar o dia em que será possível alterar extrajudicialmente as características de prenome nos casos dos transgêneros, fazendo com que sejam evitadas as diversas formas de constrangimento que ainda possam existir, no intuito de assegurar cada vez mais os direitos fundamentais ainda não tutelados, sempre no afã de ratificar a observância do princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais – DSM 5*. 5. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

BENTO, Berenice. A invenção do Transexual. In: _____. *A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual*. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei João Nery (5002/2013). Disponível em: <www2.camara.leg.br>. Acesso em: 19 out. 2015.

CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

LEGISWEB. *Decreto 49.122, de 17 de maio de 2012*. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=241452>>. Acesso em: 19 out. 2015.

_____. *Decreto 48.118, de 27 de junho de 2011*. Disponível em: <www.legisweb.com.br>. Acesso em: 19 out. 2015.

MOREIRA, Pedro. *Travestis terão carteira com nome feminino no Estado*. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2012/05/travestis-terao-carreira-com-o-nome-feminino-no-estado-3753344.html>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Classificação Estatística Internacional de Doenças e problemas relacionados à saúde - CID-10*. 10. ed. São Paulo: EDUSP, 2007.

PRESSE, France. *Transexualismo já não é considerado doença mental na França*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/mundo/transexualismo-ja-nao-e-considerado-doenca-mental-na-franca/>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

REIS, Jorge Renato dos. *A disponibilidade (no exercício) dos direitos da personalidade como deferência à dignidade humana no direito civil constitucionalizado*. 2015. Texto original cedido pelo autor.

SANTOS, Larissa. *Uso de nome social por transexuais triplica nas escolas estaduais de SP*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/noticia/2015/06/uso-de-nome-social-por-transexuais-triplica-em-escolas-diz-secretaria.html>>. Acesso em: 19 out. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO SUPERPRINCÍPIO INTERPRETATIVO DIANTE DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Juliana Machado Fraga

Mestra em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Mestra em Direitos Humanos pela Universidade do Minho. Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário. Integrante do grupo de pesquisa "Patologias Corruptivas", coordenado pelo Professor Doutor Rogério Gesta Leal. Advogada.

Contato: juliana_m_fraga@hotmail.com

Márcia da Silveira Moreira

Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Integrante do grupo de pesquisas "Patologias Corruptivas", coordenado pelo professor Doutor Rogério Gesta Leal. Advogada.

Contato: advmarcia@yahoo.com.br

Resumo:

O presente artigo tem como escopo abordar a evolução histórica do Estado Democrático de Direito, na medida em que passa a constitucionalizar os direitos privados balizando-se essencialmente pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que se evidencia como um superprincípio regulador de todo ordenamento jurídico. Nesse sentido, conclui-se que o superprincípio da dignidade da pessoa humana é objeto interpretativo das normas vigentes e de toda sistemática organizacional jurídica, pois é dotado de premissas regulativas de direitos fundamentais básicos que não podem ser olvidadas. Desta forma, utilizou-se como método de pesquisa o bibliográfico e o método dedutivo, partindo da análise geral do tema chegando a conclusões específicas.

Palavras-chave: Direito privado. Dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais. Constitucionalização.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda de forma sucinta como se deu a evolução da interpretação do direito civil através do processo de constitucionalização do direito, com uma releitura da própria Constituição. Nota-se que após a Segunda Guerra Mundial ocorreu uma "crise na legalidade" e normatividade. Frente ao esgotamento positivista dos regimes totalitários, apresentou-se a necessidade de uma reconstrução da ciência normativista sem, contudo, perder a dialética interdisciplinar.

Evidencia-se, então, a necessidade de adentrar à esfera epistemológica da norma e da sociedade para formar uma teoria interpretativista consubstanciada à luz da Constituição Federal. Dessa forma, por meio da evolução da legalidade constitucional e civilista, ocorreu também uma al-

teração no direito civil com a incidência de valores, e, principalmente, com a dignidade da pessoa humana como balizador de toda conduta do ordenamento jurídico, seja entre particulares ou perante a ação estatal.

Assim, diante de uma sociedade pluralista e complexa dos tempos pós-modernos advém a constitucionalização do direito privado com o intuito de analisar a incidência dos princípios constitucionais na seara do direito civil, bem como os reflexos desta em face ao superprincípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito.

A dicotomia entre privado e público já não é mais aceita dogmaticamente, pois se tratam de relações intersubjetivas atuais, as quais devem convergir identificando pontos em comum para crescer à sociedade moderna.

Nesse sentido, o superprincípio da dignidade da pessoa humana apresenta-se como elemento interpretativo das normas das relações entre particulares e perante o ente público, regulando, então, todas as relações humanas.

2 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A EVOLUÇÃO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO

O liberalismo caracteriza-se como uma ideologia social desenvolvida nos séculos XIX e XX, a qual se delineou perante um período de ebulição social, política e econômica de surgimento do Estado-nação com a ascensão da burguesia (POLANYI, 1957).

A Revolução Francesa é associada ao início do ideário liberal e ao seu modelo de organização estatal (HOBSBAWN, 1979). Contudo, preliminarmente, os resultados advindos da Revolução se deram somente para os burgueses, ou seja, para os comerciantes, que embora mantivessem o poder econômico não possuíam liberdade jurídica e política. Passada a Revolução, os burgueses preocuparam-se em atender aos seus interesses, entretanto, sem realizar a “justiça social” que se aclamava anteriormente como fundamento da Revolução, pois visivelmente deixou-se de concretizar as promessas de solidariedade, liberdade, segurança e legalidade¹ (COMPARATO, 2001).

Desse modo, o Estado Liberal balizou-se pela liberdade para a realização dos interesses individuais, no qual o Estado não poderia interferir ou

¹ A Lei *Le Chapelier* de 1791 proibiu a criação de sindicatos, greves e manifestações dos trabalhadores com o propósito de proteção da empresa e da livre-iniciativa privada.

regular. A igualdade formal regia os contratos e o direito privado por meio da vontade das partes sem quaisquer limitações (GOMES, 2000).

O Estado burguês se caracterizou pela ideologia de aversão à mudança, assim, qualquer ação que objetivasse a mudança estaria fora do âmbito da legalidade. Tal forma de Estado perdurou por mais de meio século entrando em declínio apenas em 1880, sendo abalada pela 1ª Guerra Mundial com o surgimento do Estado de Bem-Estar, conforme refere Laski (1973).

Com as reivindicações das massas, que buscavam mais direitos trabalhistas, previdenciários e sociais, ocorreu uma alteração dos instrumentos jurídicos, modificando o entendimento de contrato e de propriedade individual, pois não serviam mais à sociedade que se apresentava (BONAVIDES, 2007). A propriedade individual dá lugar à sociedade que havia ingressado no capitalismo monopolista.

Nesse sentido, a admissão da intervenção econômica do Estado apenas deu margem para a quebra da ordem social de passagem para um modelo de Estado que efetivamente regulou a ordem social e econômica. O fortalecimento das organizações operárias elevou a questão dos direitos sociais condicionantes da participação política dos múltiplos setores sociais, consoante elucida Regonini (1983).

Assim, a Alemanha foi pioneira na aprovação de leis que propiciaram a intervenção orgânica do Estado em prol do proletariado, visando apaziguar as tensões sociais (REGONINI, 1983). Estados nos quais foi desvirtuada a alcunha do “social” como nos regimes totalitários do nazismo e do fascismo que sucederam o Estado Social com uma forma de governo nacional-socialista contraditórios à igualdade material, formaram uma ideia incipiente de necessidade de formação de um Estado Democrático de Direito (DAVIES; LYNCH, 2002).

O Estado Social formado no século XX a partir do clamor das massas serviu como premissa para a instituição do modelo determinado pelo fim da Segunda Guerra Mundial, superando o formalismo do Estado Liberal, opondo-se às ideias de individualismo e inércia estatal. Wolkmer (1989) refere que o liberalismo se preocupou com a extensão do poder governamental, deixando a democracia preocupar-se com quem o detém. Assim, com esta motivação, se deu o desenvolvimento das massas para uma alteração social.

Os direitos sociais concedidos às massas foram meramente formas de pacificação social, conforme menciona Grau (2002). De todo modo, há

de se reconhecer que de fato ocorreu uma constitucionalização ainda que de normas desprovidas de valor e programáticas, mas pode-se afirmar que foi um início da conscientização deste processo de constitucionalização que se iniciava.

3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O contexto histórico descrito anteriormente foi essencial para uma alteração do pensamento social de que os direitos consagrados nos Códigos, antes entendidos como absolutos, fossem então relativizados frente às necessidades sociais. Assim, os institutos de direito privado passaram a responder por sua função social, conforme Tepedino (2009).

Passou-se a reconhecer as especificidades de diferentes relações. Neste interim, ganharam prestígio as Constituições, que se voltaram à reconstrução do Direito. Após a Segunda Guerra Mundial, as Constituições integraram ao seu corpo de normas diversos valores e direitos sociais de garantias fundamentais, os quais não se limitavam somente à proteção das liberdades, mas a elementos basilares da dignidade humana (TEPEDINO, 2009).

Com a constitucionalização do direito privado, notou-se que a dicotomia direito público e direito privado não era mais suficiente para abarcar a realidade social apresentada. Passa, então, à convergência entre estas esferas, estabelecendo-se relações negociais interligando ambos os domínios (FACCHINI NETO, 2006).

Esse movimento é relativamente novo, pois se desenvolveu com maior notoriedade após as Grandes Guerras. Contudo, no Brasil, alastrou-se somente após a Constituição Cidadã de 1988, a qual possibilitou que a Carta Constitucional ganhasse força nuclear em face ao Código Civil (FACCHIN, 2009).

Superando-se a ideia de que o direito civil se baseava e se autocomplementava, pode-se evidenciar uma releitura do direito privado a partir da Constituição Federal, a qual passou a incidir a valorização do ser humano em detrimento dos bens, sem, contudo, haver a negativa de proteção do patrimônio. Demonstra-se, apenas, que o patrimônio deixa de ser o foco de proteção e a pessoa se torna integrante fundamental do ordenamento jurídico, sendo o elo do direito (MEIRELES, 2009).

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana assume uma posição de superprincípio do ordenamento jurídico brasileiro, no qual há necessidade

de os atos públicos e privados estarem em consonância com sua aplicação, voltando-se sempre aos preceitos fundamentais do ser humano.

Nesse sentido, têm-se as palavras de Perlingieri (2002, p. 6):

[...] 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 publicística, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo texto constitucional.

Evidencia-se que a releitura do direito privado é meramente um reenquadramento da estrutura do ordenamento jurídico, no qual a pessoa passa a ser vista como ente a ser protegido. Nas palavras de Reis (2003, p. 779):

[...] em razão do princípio da constitucionalidade, há a exigência de que todos os atos praticados o sejam de acordo com seus princípios sob pena de inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia. Desta forma, toda a legislação infraconstitucional torna-se constitucionalizada, extinguindo a ideia de um direito civil autônomo em relação ao direito constitucional [...] Dessa forma, muda o paradigma do direito privado, ao invés da proteção patrimonial ditada pelo ideal burguês, no sistema liberal, passa-se a proteger a pessoa humana [...]

O processo de constitucionalização está intimamente ligado com a personalização do direito privado ou despatrimonialização do direito civil, pois coloca o indivíduo no topo da proteção do direito privado (REIS, 2003).

Nesse tocante, analisar-se-á no item que segue como se dá o desenvolvimento do princípio balizador do ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana, como superprincípio regulador da conduta das relações sociais.

4 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO SUPERPRINCÍPIO

A definição do princípio da dignidade da pessoa humana é de difícil conceituação, pois possui contornos vagos e imprecisos. Nas palavras de Sarlet (2013), estes são caracterizados pela ambiguidade e polissemia.

O princípio da dignidade da pessoa humana refere-se a uma qualidade intrínseca do ser humano, constituindo-se como um valor próprio.

Taureck (2007) menciona que a dignidade é acima de tudo uma espécie de respeito oriunda da condição humana.

Para Sarlet (2013), a dignidade é o que qualifica o ser humano a não ser submetido a situações degradantes e desumanas, garantindo mínimas condições para sua existência, promovendo respeito social e comum. Assim, é uma garantia de proteção perante o Estado, bem como entre relações privadas que violem os direitos fundamentais.

Nesse ínterim, a dignidade tem papel definidor no direito privado, visto que se estrutura a partir da Constituição, ensejando uma re-personalização do espaço público e privado (FACHIN, 2009). Logo, esta humanização do direito privado concede maior abertura do sistema de princípios e regras.

Tepedino (2009) afirma que as relações de direito privado devem ser analisadas sob a égide da Constituição Federal, formando, assim, um novo conceito de ordem pública, balizada nas premissas da realização da pessoa humana, ou seja, sob a perspectiva da dignidade e solidariedade.

Sarmiento (2004) conduz ao entendimento da dignidade como superprincípio na medida em que pressupõe uma sociedade solidária, como a objetivada em nossa Carta Constitucional, a qual necessita de valores que por vezes transcendem, capazes de regular toda e qualquer ação, comissiva ou omissiva que atente contra este valor superior.

Nesse diapasão, há aval de Perlingieri (2008) que também menciona a dignidade e personalidade humana como mais do que um direito e sim um valor.

De acordo com as palavras de Reis e Fontana (2011), deve-se entender a Constituição como um desembocar histórico de garantias e identificações morais de seus cidadãos. Logo, pode-se evidenciar que as garantias constitucionais da Carta Magna brasileira encontram-se amparadas no princípio matriz do sistema jurídico do constitucionalismo contemporâneo, pois resta pacificada sua relevância e exigibilidade (REIS, 2007).

É importante, então, que se entenda a dignidade da pessoa humana voltada à premissa da eficiência dos direitos fundamentais e sua concretização. Deve-se realizar uma leitura do princípio da dignidade como forma essencial de alcançar a concretização máxima dos preceitos fundamentais, sendo, inclusive, um princípio de interpretação constitucional, conforme dispõe Sarlet (2013).

Percebe-se então, que a efetivação deste princípio como superprincípio pressupõe sua máxima aplicação e sua leitura com viés de direito fundamental de aplicabilidade constitucional. Assim, não se pode minimizar a extensão dos direitos fundamentais, e, principalmente, da dignidade da pessoa humana nas relações privadas (SARMENTO, 2004).

Afirma-se, então, que o princípio da dignidade da pessoa humana propicia uma unidade e racionalidade ética a pautar as condutas privadas e públicas (REIS, 2007). Logo, assume um caráter de superprincípio, ou, como também é chamado, metaprincípio.

O caso da dignidade configura-se como um avanço social no reconhecimento de um superprincípio ou metaprincípio, o qual tem por escopo regular as relações públicas, e, também, as relações privadas (SARLET, 2013). Esta constitucionalização não apenas catalisou alterações significativas em âmbito jurídico como também no social coletivo, pois passou a reconhecer a gravitação da pessoa humana como foco da atribuição de direitos e valores existenciais.

5 CONCLUSÃO

Conclui-se com o presente trabalho que a força normativa da Constituição possibilitou um entendimento da dignidade da pessoa humana como um superprincípio, do qual se irradiam fundamentos valorativos a fim de balizarem o ordenamento jurídico como um todo.

Logo, entende-se que o direito privado passou por um processo de despatrimonialização, pelo qual foi possível redesenhar a Constituição Federal e o Código Civil por meio dos princípios regentes, e, essencialmente, o da dignidade da pessoa humana.

Demonstrou-se ao longo deste breve esforço a evolução histórica de formação e aquisição dos direitos e preceitos fundamentais, bem como da inserção da dignidade humana como pressuposto do bem viver individual e coletivo. Neste sentido, coerente que em casos concretos do direito civil ocorra o sopesamento valorando-se substancialmente a dignidade humana. Assim, deve-se compreender tal princípio como marco regulador de ordem coletiva e individual, aplicando-a ao direito privado diante da repersonificação das relações interprivadas.

Assim, há de se reconhecer a força normativa da Constituição, bem como o caráter vinculativo dos princípios nela contidos. Esta constitucio-

nalização colocou o ser humano em foco e catalisou a dignidade como regente de todo ordenamento.

Nesse sentido, dada à extensão dos direitos fundamentais, e, essencialmente, da dignidade da pessoa humana à ordem civil, nota-se que abdicar deste fenômeno que já está incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro seria um retrocesso imenso. Deve-se, contudo, tratar este superprincípio de forma protetiva aos direitos fundamentais sem, no entanto, asfixiar a liberdade pessoa da autonomia de vontade.

Desde que se inaugurou a Constituição Cidadã ocorreu a releitura dos direitos fundamentais, balizada, essencialmente, pela dignidade da pessoa humana, a qual ocasionou uma interpretação de valorização dos preceitos democráticos. Neste passo, há a premente necessidade de uma adequação deste superprincípio da dignidade da pessoa humana ao atual momento do constitucionalismo contemporâneo, chegando-se a uma máxima efetivação dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos Fundamentais Sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do Poder Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

DAVIES, Peter; LYNCH, Derek. *The routledge companion to fascism and the far right*: Psychology Press, 2002.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do Direito Privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. O direito civil contemporâneo, a norma constitucional e a defesa do pacto emancipador. In: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Coords.). *Direito privado e Constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio*. Curitiba: Juruá, 2009.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HOBBSBAWN, Eric J. *A era das revoluções*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

LASKI, Herold J. *O liberalismo europeu*. São Paulo: Mestre Jou, 1973.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POLANYI, Karl. The great transformation. Boston: Beacon Press, 1957. REGONINI, Gloria. Estado do bem-estar. In: BOBBIO, Norberto et al. (Org.). *Dicionário de política*. Brasília: UnB, 1983.

REIS, Jorge Renato dos. A constitucionalização do direito privado e o novo código civil. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos Sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003. Tomo 3.

_____. Os direitos fundamentais de tutela da pessoa humana nas relações entre particulares. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Orgs.). *Direitos Sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007. Tomo 7.

_____; FONTANA, Eliane. Direitos Fundamentais Sociais e a Solidariedade: notas introdutórias. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Orgs.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011. Tomo 11.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: _____. *Ensaio de filosofia do direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TAURECK, Bernhard H. F. *A dignidade humana na era da sua supressão: um escrito polêmico*. São Leopoldo: Nova harmonia, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Coords.). *Direito privado e Constituição: ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio*. Curitiba: Juruá, 2009.

ZARO, Jadir. Direitos fundamentais: proporcionando a unidade entre o direito constitucional e o direito privado. In: REIS, Jorge Renato dos; CERQUEIRA, Kátia Leão (Orgs.). *Intersecções jurídicas entre o público e privado*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2013.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

A PROPRIEDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA ATUAL PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NA SEARA PRIVADA

Daniélle Dornelles

Pós-graduada *lato sensu* (especialização) em Direito Notarial e Registral e em Direito e Processo do Trabalho (UNIDERP). Pós-graduada *lato sensu* (especialização) em Direito Imobiliário, Urbanístico, Registral e Notarial pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Integrante do Grupo de Estudos em Constitucionalismo Contemporâneo, linha de pesquisa Intersecções Jurídicas entre o Direito Público e o Privado, na UNISC, coordenado pelo Prof. Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis.

Contato: d.dornelles@hotmail.com

Alexandre Brandão Rodrigues

Bacharel em Ciências Militares pela Academia de Polícia Militar do Estado do Rio Grande do Sul (1994). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Luterana do Brasil (1999). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Unijuí (2008). Mestrando do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul.

Contato: alebran1972@gmail.com

Resumo:

O presente artigo propõe, de forma sucinta, uma análise acerca dos direitos fundamentais e sua reconhecida vinculação ao constitucionalismo contemporâneo, pois é perceptível a importância dos direitos fundamentais para formação do constitucionalismo contemporâneo, vez que ambos se complementam. Para compreensão dos direitos fundamentais, parte-se da delimitação dos conceitos de direitos fundamentais e direitos humanos, aqueles como direitos reconhecidos pela ordem constitucional, e, estes, como direitos reconhecidos pelo direito internacional. Nesse sentido, estuda-se a propriedade como direito fundamental – de extrema importância para o desenvolvimento do ser humano, pois a pessoa que tem o direito de propriedade protegido devidamente pelo Estado tem possibilidade de trabalhar, produzir riquezas, ter relações sadias em sociedade e em família – a qual deverá atender à função social. O objetivo é reconhecer a importância da função social da propriedade, não como limites constitucionais hierarquicamente impostos, mas como conteúdo de uma propriedade em prol de direitos e deveres de solidariedade social. Esta como nova perspectiva na seara privada, com uma nova roupagem, em que individual e coletivo se completam, promovendo de forma conjunta a dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento do homem enquanto ser social e individual em harmonia com as concepções e princípios do constitucionalismo contemporâneo. Enfim, demonstra-se a univocidade do princípio da solidariedade e da função social.

Palavras-chave: Constitucionalismo contemporâneo. Direito fundamental da propriedade. Princípio da solidariedade. Relações privadas.

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, é importante propor uma breve análise acerca dos direitos fundamentais e sua reconhecida vinculação ao constitucionalismo contemporâneo, para então entendermos a propriedade como direito fundamental, estando na função social o meio fomentador e promulgador da efetivação de direitos fundamentais, garantidos no texto constitucional vigente, a qual consequentemente traz a materialização do princípio da solidariedade, este como nova perspectiva na seara privada, com uma nova roupagem, demonstrando-se, enfim, a univocidade do princípio da solidariedade e da função social.

É perceptível a importância dos direitos fundamentais para formação do constitucionalismo contemporâneo, pois ambos se complementam. É inviável pensar o modelo constitucional brasileiro distante dos direitos fundamentais. Nessa esteira, Pérez Luño (2005, p. 19) afirma que o constitucionalismo atual não seria o que é sem direitos fundamentais, e descreve que *“las normas que sancionan el estatuto de los derechos fundamentales, junto a aquéllas que consagran la forma de Estado y las que establecen el sistema económico, son las decisivas para definir el modelo constitucional de sociedad”*.

Para entender o que são os direitos fundamentais¹, parte-se da delimitação dos conceitos de direitos fundamentais e direitos humanos. Sarlet (2003, p. 33-34) descreve de maneira facilmente compreensível que os direitos fundamentais são os direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado. Assim, os direitos fundamentais nascem e acabam com as Constituições. Já a expressão direitos humanos guardam relação com os documentos de direito internacional, aspiram à validade universal. O autor ainda cita o critério apresentado por Pérez Luño, da concreção positiva, no qual o termo direitos humanos revelou-se conceito de contornos mais amplos e imprecisos, e o termo direitos fundamentais possui sentido mais preciso e restrito.

Ademais, deve-se ter em mente que os direitos fundamentais estão diretamente ligados à evolução do pensamento dos homens, nas transformações geradas pelo reconhecimento de novas necessidades básicas, de

¹ Recomenda-se a leitura da obra SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, para entender os direitos fundamentais e suas complexidades, matéria de extrema relevância, mas por ora inviável de ser aprofundada no presente artigo.

modo especial em virtude das evoluções de Estados². No Brasil, os direitos fundamentais tiveram mudanças constantes, com avanços e retrocessos. Porém, sem dúvida, o Brasil é uma atual referência a qualquer Estado contemporâneo, tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 deu extrema relevância aos direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 apresenta uma gama de direitos fundamentais e sociais, tais como a liberdade, igualdade, propriedade, vida, saúde, dignidade, etc. Diante do tema proposto, aborda-se o direito fundamental da propriedade, de extrema importância para o desenvolvimento do ser humano, pois a pessoa que tem o direito de propriedade protegido devidamente pelo Estado tem possibilidade de trabalhar, produzir riquezas, ter relações sadias em sociedade e em família.

2 A PROPRIEDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E A ATUAL PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NA SEARA PRIVADA

A propriedade é um instituto de extrema importância para o sistema jurídico mundial, e, sobretudo, brasileiro. Até atingir a concepção moderna de propriedade privada, sofreu influências das histórias dos vários povos, desde a antiguidade, sendo decorrência direta da organização política.

O direito de propriedade teve sua formação iniciada durante o Império Romano, quando coube ao Direito Romano delinear os primeiros traços relativos à existência do direito de propriedade. Sem embargo, não é muito clara nas fontes a forma de propriedade comum na primitiva Roma. Segundo algumas fontes, a partir da Lei das XII Tábuas, criaram-se mecanismos de defesa do direito de propriedade, sendo o domínio sobre a terra de forma absoluta.

No sistema feudal surgem as figuras do possuidor e do proprietário de forma diferenciada: a terra pertencia ao senhor; e este, concedendo terras, obtinha homens, que lhe deviam prestações, e, conseqüentemente,

² A cada nova fase da história humana, novos direitos vão sendo inseridos no rol daqueles considerados de fundamental proteção, agregados enquanto gerações ou dimensões de direitos – optando-se pelo termo “dimensões”, pois a ideia é de complementaridade, e não de sobreposição de uma geração por outra, conforme nos faz entender o termo “gerações” – e embora a maioria dos autores refira ainda três dimensões, timidamente já se fala em quarta e quinta dimensões de direitos.

eram seus vassallos. Quando do declínio do feudalismo e o surgimento e fortalecimento da classe burguesa, vislumbra-se a modificação do sistema de governo para a monarquia, sendo a propriedade de todas as terras transferida ao soberano, que, com o intuito de incrementar o erário, passa a explorá-las mediante a imposição de pesados tributos. Diante dos excessos dos monarcas com relação às propriedades privadas, a reação ocorrida durante a Revolução Francesa foi a da valorização do individualismo em relação à propriedade. O Código de Napoleão, como consequência, traça esta concepção extremamente individualista.

Com o passar do tempo, foi necessário entender o direito de propriedade e outros direitos reais sobre bens imóveis, não mais ligados à ideia liberal da Revolução Francesa, que perde força diante do desenvolvimento industrial do século XIX. A partir de então, passa-se a buscar um sentido social de propriedade, com a finalidade de atender às necessidades do ser humano³, e, embora o proprietário tenha assegurado o exercício de seu direito, passa a ter, também, um conjunto de deveres.

Diante da evolução histórica da propriedade, o ordenamento jurídico brasileiro, atendendo às disposições constitucionais⁴, resguarda a garantia constitucional do direito de propriedade – passa a ser um direito fundamental –, mas com a condição de atender à função social. Ou seja, sendo a propriedade uma forma de a pessoa humana solver anseios e suprir necessidades, a execução destes terá como limitação os interesses da coletividade. A propriedade e a função social se completam, compatibilizando-se perfeitamente com os princípios de um Estado Democrático de Direito.

³ Sarmento (2004, p. 35-39) esclarece que, com a transformação do Estado Liberal para o Estado Social, este preocupa-se não apenas com a liberdade, mas também com o bem-estar do seu cidadão. O autor menciona que, no Estado Social, a propriedade não vai merecer a proteção absoluta que lhe dispensava no Estado Liberal, pois será limitada e condicionada por interesses coletivos e de não proprietários.

⁴ Sarlet (2009, p. 70) menciona que os direitos fundamentais são em verdade a concretização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Tal princípio opera como limite dos limites dos direitos fundamentais, sendo o princípio reitor do sistema de direitos fundamentais, que dá sentido e fundamenta os direitos fundamentais, e sempre estará incluído naquela parte que compõe o núcleo essencial de cada direito fundamental. Sarmento (2006, p. 85-86) diz que o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana vem representando o “epicentro axiológico da Constituição, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e no mercado”. Reis (2003, p. 778-780) descreve: “[...] passa-se a proteger a pessoa humana, ocorre o fenômeno da despatrimonialização do direito privado, ou seja, em obediência à sua constitucionalização, há a predominância do princípio da dignidade humana [...]”.

Ao se examinar a função social da propriedade, deve-se partir do entendimento de Duguit, descrito na obra de Falcão (1995, p. 208), que afirma que o proprietário é o possuidor de uma riqueza que tem uma função social a cumprir, e enquanto cumpre essa missão, seus atos de propriedade estão protegidos. Caso não a cumpra, ou deixe arruinar sua casa, a intervenção dos governantes é legítima para obrigar-lhe a satisfazer a função social de proprietário, que consiste em assegurar o emprego das riquezas conforme seu destino. Ainda, é pertinente citar Godoy (1998, p. 29), que define a propriedade privada como um direito individual e funcionalizado, isto é, que tem presente uma função social. O autor apresenta um conceito não absoluto de propriedade pela função social que lhe é inerente, sendo essa forma adotada em grande parte dos países como conceito de propriedade juridicamente correto. Já lecionava Grau (1979, p. 21), regulando a preservação das condições de existência do homem em sociedade, sendo o titular da propriedade obrigado para com a sociedade.

Todos devem fazer com que a propriedade cumpra a função social, disponibilizando-a a toda coletividade para alcançar a justiça social, pois este é o novo redimensionamento do direito de propriedade, a redefinir o sentido desse direito no Brasil contemporâneo. Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 prescreveu em dois momentos, nos artigos 5º, inciso XXIII, e 170, inciso III, logo após garantir o direito de propriedade – incisos XXII e II dos artigos 5º e 170, respectivamente – a necessidade de se observar a sua função social, destacando-se ainda, a preocupação do constituinte com a função social da propriedade nos artigos 182 e 186 da Carta Magna.

Diante desse novo panorama até aqui apresentado acerca do direito da propriedade, denota-se obviamente um norte socialista e solidarista. Assim, o objetivo é reconhecer a importância da função social da propriedade, não como limites constitucionais hierarquicamente impostos, mas como conteúdo de uma propriedade em prol de direitos e deveres de solidariedade social⁵. Ou melhor, mais como dever do que propriamente

⁵ É importante neste momento, em apertada síntese, introduzir e destacar que a solidariedade não é novidade, pois, conforme descreve Farias (1998, p. 188-190), surgiu com o estoicismo e o cristianismo primitivo, sendo que os juristas romanos também utilizavam a palavra solidariedade, em que cada um era responsável pelo todo, “a chamada responsabilidade solidária”. Já a solidariedade em âmbito jurídico – e é nesse que vamos nos deter, tendo em vista ser o sentido visado pelo legislador constituinte – surge no século XVII, inicialmente entendida como um dever de assistência fraternal, sendo que somente no fim do século XIX a solidariedade deixa de se referir a um dever de fraternidade, aparecendo com um discurso coerente que não se confunde com caridade e filantropia, mas sim como novo fio condutor

direito, sobressaindo-se como força antagônica ao individualismo de nossos dias. Perlingieri (2002, p. 226) reafirma e complementa o entendimento, ora exposto, quando menciona que a função social está inserida em um contexto inspirado na solidariedade política, econômica, social e ao pleno desenvolvimento da pessoa.

Na mesma esteira, Cardoso (2010, p. 101) leciona que a propriedade privada, base do direito privado, continua a existir. Todavia, o reconhecimento de tal direito só se fará legítimo se atender à função social, sendo a propriedade uma relação social que tem por função gerar desenvolvimento humano, social e econômico para a nação, longe de um direito absoluto e isolado, sendo essa a proposta da solidariedade. Ou seja, ajustar o direito e as instituições por ele reguladas à consumação plena do valor da dignidade – tendo em vista que a dignidade da pessoa humana, e não outro, é o epicentro do projeto solidarista – pois já não era cedo quando o intérprete da norma jurídica percebeu que ela não poderia continuar a se distanciar dos problemas sociais, uma vez que o direito foi criado para atender aos interesses individuais, coletivos e difusos, de forma compatibilizada, e não o contrário.

José Fernando de Castro Farias, bem lembrado na obra de Cardoso (2010, p. 130), ensina que a solidariedade corresponde “a um modo de assegurar a liberdade individual, dando-lhe, ao mesmo tempo, um funcionamento social [...]”, lembrando o autor da necessidade, da vontade individual ser conforme a obrigação social de realizar a cooperação social, a fim de garantir o equilíbrio da própria sociedade.

É importante apresentar as características da solidariedade pelas sábias palavras de Fábio Konder Comparato, inteligentemente descrita por Cardoso (2010, p. 91), de “reunir as pessoas na perspectiva do bem comum, dizendo respeito, pois, à relação de todas as partes de um todo social”. O autor ainda acrescenta os ensinamentos de Maria Celina Bodin de Moraes,

das relações sociais, uma nova maneira de pensar a relação indivíduo-sociedade, indivíduo-Estado, ou seja, a sociedade como um todo. No dizer de Cardoso (2010, p. 123), esse discurso de solidariedade constitui uma ruptura com o imaginário jurídico-político liberal, tendo como principal característica, além de mudar o nível das práticas sociais, expressar uma positividade *sui generis*, mais completa, mais flexível, para garantir o primado da justiça e do bem-estar social nas relações entre os homens. Recomenda-se a leitura da obra de FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998 – pois é fundamental para entender a origem e a evolução do direito de solidariedade. Já em relação à solidariedade no direito contemporâneo (principiologicamente o guia do sistema jurídico), recomenda-se a obra de CARDOSO, Alenilton da Silva. *Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2010.

que alega a solidariedade ser compreendida “como um fato social que dá razão à existência do ser humano no mundo, como virtude ética para que a pessoa reconheça na outra um valor absoluto ainda mais amplo do que a justa conduta exigiria, e, ainda como resultado de uma consciência moral e de boa-fé como comportamento pragmático para evitar lesão a outrem, a si mesmo e à sociedade”.

Sem sombra de dúvida, a solidariedade mostra-se como o caminho mais adequado atualmente⁶ – sendo uma nova forma de ação da sociedade, na qual individual e coletivo se completam, promovendo de forma conjunta a dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento do homem enquanto ser social e individual em harmonia com as concepções e princípios do constitucionalismo contemporâneo. Mesmo sabendo-se ser uma missão difícil, uma vez que a sociedade corre o risco de perder o conceito de responsabilidade pública, tendo em vista a descrença no Estado e, mais ainda, pelo quadro de competitividade e individualismo exacerbado, no qual as pessoas esquecem que uma parte de suas vidas deve ser gerida em comum com os outros, pois esse é o valor solidariedade, representado pelo princípio da solidariedade⁷, que vem a implicar a responsabilização não apenas do Estado, mas também da sociedade pela consecução de uma realidade mais justa e menos desigual.

Diante do exposto, observa-se que a solidariedade está intimamente vinculada aos valores desenhados contemporaneamente ao ser humano, derivando de um processo evolutivo da fraternidade⁸, sendo “um passo à

⁶ Conforme menciona Pelegrini (2012, p. 76), a solidariedade pode ser tida como fundamento do Estado Democrático de Direito, sendo cabível à sociedade e ao Estado o papel fundamental para sua formação e sucesso. É importante acrescentar que a CF/88 exige que nos ajudemos mutuamente, conservando a nossa humanidade, porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a absolutamente todos, sem exceção (CARDOSO, 2010, p. 93).

⁷ O princípio da solidariedade, numa interpretação constitucionalmente aberta, sugere uma saída ao individualismo excessivo que domina as interpretações jurisdicionais, nos moldes de uma sociedade dominada pelo fenômeno global do consumo, da competitividade a qualquer preço e da consequente desigualdade econômica (REIS; FONTANA, 2010, p. 3.324). Ademais, importantes são os ensinamentos de Reis (2007, p. 2.038-2.039), quando descreve o significado próprio que a Constituição pretende dar ao princípio da solidariedade, ou seja, de fraternidade universal, tendo como interesse superior o pleno desenvolvimento da pessoa humana, o dever de respeito à pessoa humana que com outra estabelecer eventual relação jurídica. Enfim, o princípio constitucional da solidariedade é um fundamento adicional e de reforço à vinculação dos particulares a direitos fundamentais.

⁸ Relevante, neste momento textual, será apresentar a distinção de fraternidade e solidariedade muito bem exposta por Reis e Fontana (2011, p. 117): “[...] fraternidade, de valor

frente” no nível principiológico que irradia no direito, servindo como paradigma para nortear as relações privadas, que deverão agir dentro de sua medida, expressando-se por meio da função social. Ou seja, pensar além de si próprio, tendo no direito privado a ideia de despersonalizado e despatriomonalizado, longe do individualismo.

Assim, cumprindo o objetivo de demonstrar a univocidade do princípio da solidariedade e da função social, irrenunciável e fundamentalmente imbuídos na propriedade contemporânea, de extrema relevância para os dias atuais, pode-se arriscar a descrever a função social como “a solidariedade em nível coletivo”.

3 CONCLUSÃO

Diante da análise proposta, vislumbra-se que a propriedade, como direito fundamental, está explicitamente assegurada na Constituição Federal de 1988, da mesma forma que a função social, descritas na esfera dos direitos e garantias fundamentais. Portanto, no âmbito da atual Constituição brasileira, há garantia e proteção do direito de propriedade, todavia, vinculada ao exercício de sua função social. Denota-se que o conceito de propriedade passa de uma ótica individual para visão do interesse da comunidade; pensa-se além de si próprio, reunindo as pessoas na perspectiva do bem comum; quebram-se as barreiras antes estabelecidas entre a esfera do direito público e do direito privado, de forma a se inter-relacionarem no âmbito de um mesmo instituto jurídico.

Portanto, evidencia-se na função social da propriedade a materialização do princípio constitucional da solidariedade, que por muitos é visto como uma expressão utópica na realidade brasileira, mas efetivamente fortalecida no texto constitucional, para proporcionar a todos igualdade de oportunidades e direitos.

A finalidade da constitucionalização do direito privado é exigir do Estado e dos particulares uma leitura humanista da Constituição, voltada ao bem comum, alterando-se o cerne valorativo do sistema jurídico, no qual há superação patrimonialista, tendo como foco da proteção jurídica o ser humano, e como guia o princípio da solidariedade – que é o meio de

abstrato e de ordem moral, surgida inicialmente como virtude cívica e que, como se verá, ressurgiu fortemente ao final do século XX, agora chamada de “solidariedade”, mantendo o sentido axiológico, desenvolvida neste estudo como força principiológica fundamental na realização dos direitos sociais”.

condução ao princípio basilar da dignidade da pessoa humana – devendo ser aplicado diariamente, jamais entendido como tarefa difícil. Uma vez que demanda de um pensamento coletivo nesse sentido, e especialmente de ações do Estado voltadas para isso⁹.

REFERÊNCIAS

CARDOSO, Alenilton da Silva. *Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2010.

FALCÃO, Ismael Marinho. *Direito Agrário Brasileiro*. São Paulo: Edipro, 1995.

FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GODOY, Luciano de Souza. *Direito Agrário Constitucional – o regime da propriedade*. São Paulo: Atlas, 1998.

GRAU, Eros Roberto. Função social da propriedade (Direito Econômico). *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v.39. São Paulo: Saraiva, 1979.

PELEGRINI, Grace Kellen de Freitas. *Da (in)aplicabilidade do princípio da solidariedade nas relações privadas no constitucionalismo contemporâneo: o desvelar da ética, o semeador da socialidade e o propagador da confiança nas relações contratuais*. 2012. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2012.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional*. Trad. José Luiz Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 3. ed., rev.e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REIS, Jorge Renato dos. A Constitucionalização do Direito Privado e o novo Código Civil. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

REIS, Jorge Renato dos. Os direitos fundamentais de tutela da pessoa humana nas relações entre particulares. In: LEAL, R. G.; REIS, J. R. dos. *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007.

⁹ De acordo com Steinmetz (2004, p. 119-120), o princípio constitucional da solidariedade exige do Estado: 1) a garantia efetiva dos direitos fundamentais sociais; 2) a promoção do bem-estar social geral das pessoas; 3) a criação de mecanismos e incentivos de cooperação social e de ajuda mútua entre os particulares, ou seja, o fomento da solidariedade nas relações horizontais. Em outras palavras: o princípio da solidariedade exige do Estado ações positivas, normativas e fáticas, em prol do bem-estar geral das pessoas.

REIS, Jorge Renato dos; FONTANA, Eliane. O princípio da solidariedade e a hermenêutica filosófica na sustentabilidade dos direitos fundamentais sociais, diante dos argumentos do mínimo existencial e da reserva do possível. In: LEAL, R. G.; REIS, J. R. dos. *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010.

_____; FONTANA, Eliane. Direitos fundamentais sociais e a solidariedade: notas introdutórias. In: LEAL, R. G.; REIS, J. R. dos. *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011.

SACCHETTO, Cláudio. O dever de solidariedade no direito tributário. O ordenamento italiano. In: GRECO, Marco Aurélio (Org.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direitos Reais*. São Paulo: Atlas, 2008.

ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO: UM MODELO DE SEGURANÇA DESENVOLVIDO NO LITORAL NORTE DO ESTADO

Rafael Verдум Cardoso Figueiró

Advogado, Mestrando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisas Espaço Local e Inclusão Social, coordenado pelo Prof. Pós-Doutor Ricardo Hermany, tutor do Grupo de Estudo Espaço local E Inclusão Social, no campus Capão da Canoa.

Contato: rfaverdum@gmail.com

Willyam Cristian Krug

Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito Universidade de Santa Cruz do Sul, Área de Pesquisa em Políticas Públicas de Inclusão Social. Membro do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas, coordenado pelo professor Pós-Doutor Ricardo Hermany. Membro do grupo de estudos Direito, Cidadania e Políticas Públicas, coordenado pela professora Pós-Doutora Marli Marlene Moraes da Costa.

Contato: willyam_krug@hotmail.com

Resumo:

O modelo de gestão pública marcado pela hegemonia estatal não atende mais às atuais necessidades da sociedade. A sociedade busca mais respostas que o Estado é capaz de dar; daí a crise de legitimidade que transpassa o Estado Contemporâneo. Em matéria de segurança pública, os dados sobre a impotência estatal na solução das demandas sociais reforçam a ideia de crise, ilegitimidade e a ineficácia da hegemonia estatal na condução das políticas públicas. Por tais razões, ações que proporcionam uma maior participação comunitária na gestão pública passam a ganhar importância. O sentimento de solidariedade que permeia a comunidade é o elemento basilar para a superação da crise de legitimação. No mesmo diapasão, a aplicação do Princípio do Estado Subsidiário demonstra ser o caminho viável para a reformulação do Estado Contemporâneo. Assim, surge a necessidade de implementação de políticas públicas voltadas à descentralização da segurança pública, as quais congreguem para um discurso de cooperação a comunidade, o Estado e a iniciativa privada.

Palavras-chave: Comunitarismo. Descentralização. Políticas públicas. Segurança.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Historicamente, a Administração Pública foi cunhada a partir de uma concepção estática e hegemônica de gestão. Conceitos patrimonialistas sobre o poder e governo se mesclaram em um só conteúdo. A análise sobre a evolução da gestão pública demonstra que esse cenário conduziu por muito tempo o Estado a um modelo centralizado na hegemonia da gestão das políticas públicas e no monopólio da produção legislativa. O quadro atual representa uma crise na legitimação do Estado, o qual se mostrou incapaz de atender às exigências e impulsos sociais. Nesse cenário, o Estado aca-

bou voltando sua atenção para o desenvolvimento de técnicas e estratégias que, em verdade, estavam direcionadas mais à manutenção de um poder estatal do que ao desenvolvimento do comunitarismo.

Nesse sentido, tenta-se encontrar uma solução para o atingimento de uma decisão política que esteja baseada em termos jurídicos e, ao mesmo tempo, estaiada sobre uma teoria comunitária de participação popular.

Para tanto, o primeiro passo é a superação da clássica dicotomia, influenciada pelo pensamento liberal, que pregava a separação dos espaços de poder entre público e privado. Nessa concepção, o espaço público é um cenário restrito às ações estatais, regrado por uma teoria da legalidade, a qual permite à Administração fazer tudo aquilo que a lei lhe permite. Por outro lado, o espaço particular é um *locus* indeterminado, preenchido por atividades que se misturam entre sociais e de mercado. Por tanto, de um lado temos o Estado, regulado pelos princípios da legalidade restrita, e de outro a sociedade, regulada por ideias de mercado mescladas a conceitos de liberdade social.

Ao traçar um modelo de Estado administrativo que supere essa visão, salienta-se que a tradicional separação entre sociedade e Estado está calcada em uma doutrina que deixa de levar em consideração a articulação social desenvolvida pelos atores sociais aos quais as normas estatais estão direcionadas. Então, no intuito de integrar ambos os espaços se faz necessária a aproximação entre sociedade e Estado, a qual somente pode ser atingida se acompanhada da ideia de sociedade solidária e comunitária.

No mesmo sentido, a visão de Estado deve ser reformulada. Embora tenha se estruturado sobre pactos patriarcais que o influenciam e lhe dão forma, o Estado não pode ser concebido como uma entidade monolítica ou neutral; mas deve ser visualizado como um sistema em permanente fluxo. A manutenção de um modelo hegemônico de gestão se distancia da participação e do controle popular e conduz o Estado a um quadro de inevitável crise de legitimação. Portanto, é necessário alcançar um grau de articulação e ação política capaz de propor uma interlocução entre o público e o privado, resultando em uma maximização da qualidade de vida e das prerrogativas fundamentais.

Contudo, a busca pelo atingimento de uma sociedade comunitária não pretende superar o modelo de Estado representativo, mormente nos aspectos relacionados à prestação e defesa dos direitos considerados

fundamentais. O que se pretende a partir de um modelo de poder social cunhado por meio do comunitarismo é a própria requalificação do Estado mediante instrumentos democráticos de auxílio na tomada de decisões.

Assim, o tema da participação popular na elaboração e na condução das políticas pública passa a ser tratado com maior relevo. Os ideais democráticos resgatados pela Constituição Federal de 1988 devem ser assumidos pela Administração. Essa nova atitude participativa está calcada em um conceito de comunidade responsiva, a qual participa ativamente das tomadas de decisões, deixando de comportar-se como simples destinatária ou retificadora dos atos traçados pelo poder público.

Esse novo modelo administrativo rompe tanto com a repisada separação entre espaço público e privado, bem como supera a ideia de administração baseada nos estritos princípios de legalidade e discricionariedade. A gestão estatal, então, é redesenhada pelo modelo princípio do Estado subsidiário. Isto significa que o novo modelo de Estado democrático não se satisfaz com a simples ideia de representatividade, mas exsurge, com a Constituição Federal de 1988, como um modelo de Estado materialmente democrático, enxergando-se, então, na ação comunitária, uma forma de legitimação de suas decisões.

Assim, tomando por base as ideias acima elencadas, passa-se a analisar os conceitos e fundamentos do comunitarismo, buscando a superação do atual modelo hegemônico de governança. Nessa esteira, um novo modelo de administração ganha espaço, e a clássica ideia de um poder estatal apartado do controle social cede lugar a um modelo administrativo permeado pelo comunitarismo responsivo.

2 O COMUNITARISMO

A doutrina do comunitarismo volta-se, primeiramente, contra as concepções liberais, as quais pregam uma prevalência da autonomia individual frente ao coletivo. Neste sentido, as concepções liberais privilegiam o individualismo e a autorregulação do mercado. Por outro lado, a visão coletivista, onde a proeminência estatal é revelada, conduz ao aniquilamento da sociedade em nome do bem coletivo. Nessa concepção, a intervenção do Estado é fator determinante para a construção de uma sociedade igualitária. Se no modelo liberal a igualdade é atingida mediante a prevalência da autonomia privada, no modelo intervencionista esta igualdade advém da intervenção do Estado.

Em contrapartida, o comunitarismo propõe uma terceira via entre a hegemonia de um Estado interventor e a passividade de um Estado observador. Seguindo esses conceitos, Schmidt (2013, p. 47) afirma que o comunitarismo está baseado na busca de um equilíbrio entre ordem social e autonomia privada.

Perfazendo a pesquisa sobre as origens do comunitarismo, Schmidt (2013, p. 16) demonstra que as ideias de uma sociedade mutuamente responsável, onde o diálogo constante permeia toda atividade construtiva, são ideais que remontam desde da antiguidade grega. O autor demonstra que pensadores como Aristóteles já pregavam uma sociedade calcada na dimensão comunitária, daí afirmar que o homem é um animal social. A par de suas origens gregas, o comunitarismo possui uma evolução que perpassa os primeiros anos após o surgimento do cristianismo, onde as pequenas comunidades formadas em torno da doutrina cristã são exemplos de um comunitarismo primevo, chegando ao período medieval, onde as comunidades feudais podem demonstrar a existência de um pertencimento comunitário. Após, é possível verificar em autores como Thomas More uma contribuição para a solidificação dos conceitos na era moderna (SCHMIDT, 2013, p. 23).

Ao tentar um equilíbrio entre a ordenação estatal e a autonomia privada, o comunitarismo acaba estabelecendo um reequilíbrio e uma redefinição entre o espaço público e o espaço privado. Enquanto a díade público/privado faz sentido à luz da bipolaridade Estado/mercado, a tríade público/comunitário/privado faz sentido à luz da tripartição Estado/comunidade/mercado. Assim, toda a comunidade faz parte da solução e das proposições de respostas aos problemas sociais. Na concepção comunitarista, não resta espaço para o EU, e sim uma delimitação das ações voltadas para a lógica EU-TU (NÓS).

Essas ideias são corroboradas por Schmidt (2015, p. 334) quando o autor afirma que

[...] no campo político-jurídico, a mais clássica das dicotomias é a divisão público/privado, oriunda do pensamento grego e cujo percurso é recuperado por autores como Arendt (1993), Bobbio (2007), Habermas (1984), Sarmiento (2007) e Rabotnikof (1998). A vida humana, os fenômenos sociais, as organizações e os entes da sociedade são alinhados em dois polos: ou se é público ou se é privado. E, no mais das vezes, estatal passa a ser tomado como equivalente a público.

A dicotomia público/privado induz a erro tanto pelo que mostra quanto pelo que esconde. Seu anacronismo vem sendo denunciado a partir de diferentes ângulos. O público e o privado não são terrenos nitidamente separados.

De fato, a polarização entre público e privado é um dos focos para o qual se volta o comunitarismo. O atual estado de legitimação que, conforme afirma Leal (2010, p. 54), perpassa o Estado contemporâneo, surge quando a necessidade de respostas é superior à capacidade de fornecimento. Assim, o Estado contemporâneo entra em colapso no momento que a dicotomia público/privado já não é mais capaz de atender a todos os questionamentos e necessidades sociais. Surge daí a urgência de um novo modelo de gestão pública, o qual permite o equilíbrio entre público e privado; entre mercado e consumo; entre Estado e comunidade.

Contudo, é necessário que se advirta sobre o cuidado que o uso de determinadas expressões como “terceiro setor” ou “entidades não governamentais” deve ter. Conforme alude Schmidt (2015, p. 335), essas expressões, embora possam caracterizar um conceito de não estatal, por vezes podem dispensar o caráter comunitário que envolve a ideia de equilíbrio entre sociedade e Estado. O uso desses conceitos requer romper com a lógica que percorre grande parte das ciências sociais, segundo a qual a dualidade público/privado serve de alicerce de toda construção social.

Assim, a edificação de um novo paradigma estruturador da sociedade necessita de uma nova concepção filosófica acerca do conceito público/privado. As várias concepções que se propuseram a isto acabam inconscientemente reproduzindo certos aspectos para a dualidade público/privado pela ausência de um *tertius*, de um terceiro polo, que designe adequadamente os fenômenos que não são estritamente públicos nem privados. Um terceiro polo que delimite equilibradamente tanto as questões públicas, com as questões de mercado, quanto as comunitárias, que surgem a partir da ideia de comunitarismo responsivo.

Ao definir conceitualmente o termo comunitarismo, Schmidt (2015, p. 343) afirma que ele possui origem latina (*communis*: comum e *communitas*: comunidade). Para o autor, comunidade designa a forma de vida social, baseada em relações personalizadas, de coesão social, onde o compromisso moral e a continuidade no tempo distinguem-nas das formas marcadas pela impessoalidade, anonimato e contratualidade, as quais a sociologia denomina de sociedade ou associação. Nesse sentido,

comunitário diz respeito ao que é comum a um coletivo; é o terreno do bem comum. Por isso a proximidade do comunitário com o público: ambos se referem àquilo que é comum a uma coletividade. Contudo, para que haja a concretização de uma sociedade comunitária é necessário que o atual modelo de Estado seja rediscutido.

O modelo gerencial ou hegemônico já não é capaz de atender aos reclamos da sociedade contemporânea, cada dia mais exigente e pujante por espaços de participação. Nesse sentido, busca-se amparo no princípio do Estado subsidiário, para bem atender aos conceitos de comunitarismo.

3 O PRINCÍPIO DO ESTADO SUBSIDIÁRIO

A noção de subsidiariedade é dada pela ideia de complementaridade. De um lado, temos o Estado, o qual dispõe da supremacia de poder, de outro, estão as pessoas privadas, as quais em uma democracia buscam o máximo de liberdade atingível, mediante o mínimo de restrições possíveis. Assim, a subsidiariedade surge como superação da dicotomia público x privado, sem estabelecer qual direito é complementar ao outro. A subsidiariedade pode ser interpretada ou utilizada como argumento para conter ou restringir a intervenção do Estado, postulando-se necessariamente o respeito às liberdades dos indivíduos e dos grupos, desde que não sejam retomada as funções minimalistas do Estado negativo.

Esse entendimento é corroborado pelas ideias de Baracho (1996, p. 30) quando afirma que o princípio da subsidiariedade é uma garantia contra a arbitrariedade e que procura inclusive suprimi-la, por meio de uma reorganização política do Estado. No intuito de informar a organização do Estado, o princípio da subsidiariedade prega que este deve deixar, à unidade menor, a liberdade de fazer tudo aquilo que seja juridicamente possível; sendo que a intervenção estatal deve ocorrer na medida supletiva de apoio aos homens ou na contenção de ilicitudes.

Seguindo esse entendimento, Baracho (1996, p. 48) afirma que seria injusto reservar a uma sociedade maior aquilo que a menor poderia fazer. Disso podemos extrair que a sociedade subjacente é subsidiária ao Estado, e que os cidadãos que compõem esta sociedade são subsidiários em relação à sociedade subjacente.

A subsidiariedade passa a ser vista, então, como uma questão de autonomia intermediária. Antes de deferir ao Estado certas competências, é preciso verificar se o pluralismo social é capaz de executá-las. Sendo iguais

as possibilidades de execução, deve-se dar preferência ao menor nível. Nessa seara, a subsidiariedade assemelha-se a uma repartição de competências entre sociedade e Estado; ao mesmo tempo que impede o intervencionismo estatal, exige do próprio Estado ajuda na promoção do pluralismo político, mediante uma intervenção supletiva. Não objetiva destruir as concepções estatais, mas ordená-las de forma responsável. A intervenção estatal deve ser feita no sentido de ajuda aos membros do grupo estatal, não para absorvê-los, mas para promovê-los. Dessa forma, ao mesmo tempo que se reforça a ideia de Estado, a subsidiariedade não permite a absorção automática da comunidade subjacente.

Embora não esteja literalmente disposto na Constituição, ele deriva diretamente da ideia de democracia participativa e da descentralização do poder. O poder que, no Estado centralizador, estava nas mãos de uma unidade nacional, passa agora para o cenário de uma gestão local. Nesse sentido, a subsidiariedade aparece como a base de um federalismo democrático, operando como mecanismo de separação vertical e distribuição horizontal das competências.

Em sua perspectiva vertical, a subsidiariedade tem a ver com o conceito de descentralização territorial adotado pelo ordenamento jurídico, referindo-se às distribuições de competência territorial. Ao analisar a questão, Hermany (2007, p. 85) afirma que a Constituição Federal de 1988 representa um avanço da participação municipal na tomada de decisões, já que durante muito tempo a autonomia local foi reduzida em razão do período ditatorial brasileiro.

A descentralização horizontal, por outro lado, opera no sentido de proporcionar a redistribuição local de competências. Essa redistribuição acontece tanto para ampliar as atribuições na execução de políticas públicas como para promover descentralização da produção normativa, passando para o menor *locus* federativo a legitimidade da produção do Direito. Nesse contexto, o alargamento das competências locais serve como mecanismo apropriado para a produção de um direito social condensado, conceituado como sendo aquele que provém do âmago da sociedade e contamina toda ordem normativa que lhe é superior.

Nesse ponto, o *direito social condensado* assume uma posição intermediária entre a produção normativa imposta pelo Estado e a normatividade extraída dos fatos sociais. Ao tratar do tema, Georges Gurvitch (2005, p. 94-95) afirma que, mesmo se a sociedade estiver incondicionalmente submetida às ordens de um sistema jurídico, esta imposição não será

prejudicial quando a comunidade estiver ligada por laços de integração e participação política. O autor afirma que esta integração dos atores sociais só é possível em um Estado perfeitamente democrático, o qual não se reveste de tendências centralizadoras.

No mesmo entendimento segue Moraes (1997, p. 67), afirmando que o direito social condensado deve ser visto como a tentativa de se estabelecer um vínculo direto e imediato entre a democracia e a figura do direito social puro. Para o autor, mesmo que a ordem normativa esteja sancionada, pode ainda ser tida como ordem de integração social na medida que essa normatividade seja penetrada pelo direito social.

Assim sendo, o direito social na concepção condensada, embora apresente-se sob a tutela do Estado, deve ser visto como fruto da democracia participativa, na medida em que é produzido por meio de uma atividade discursiva da sociedade, a qual, após identificar as demandas, propõe de maneira consensual as respostas para superá-las. Por essa razão, não resta desconfigurada a democracia oriunda do direito social condensado, ainda que submetida à tutela estatal, visto que os atores sociais possuem amplo espaço de diálogo.

Comentando o tema, Hermany (2007, p. 38-39) aduz que o direito social condensado é um direito que põe em diálogo permanente a base constitucional do Estado e a articulação social que fundamenta esse Estado. Segundo o autor, essa comunicação pressupõe um amplo compromisso democrático da sociedade, o qual surgirá a partir de um agir reflexivo e discursivo dos atores sociais.

Estabelecendo um paralelo entre as ideias de direito social condensado e o princípio da subsidiariedade, é possível afirmar que a descentralização horizontal coloca o espaço local como o lugar favorável à criação de um direito social condensado. Isso porque é justamente na menor esfera territorial que acontecerão os maiores debates populares. Quanto maior for a descentralização normativa, maior será o espaço aberto aos cidadãos para participarem das tomadas de decisões.

Consequência dessa amplitude discursiva é que os atores sociais serão ao mesmo tempo produtores e consumidores do direito produzido, serão autores e destinatários da normatividade social. A descentralização ao nível local mostra-se capaz de estabelecer uma produção normativa materialmente democrática, pois as normas ali produzidas serão reflexo do agir instrumental dos atores sociais.

4 COMUNITARISMO E ESTADO SUBSIDIÁRIO: POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA

Um dos mecanismos voltados à implementação do Estado subsidiário e da concretização das diretrizes para sociedade comunitarista são os conselhos municipais. Conforme afirma Hermany (2007, p. 261), é no nível local que o cidadão tem a potencialidade de resolver de maneira mais ativa as questões do cotidiano social. Ao nível local, a participação popular é mais intensa e produz efeitos mais duradouros que no macro âmbito nacional.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a Constituição Federal de 1988 incorporou várias formas de garantia da participação social nos assuntos políticos do país. É possível evidenciar o caráter comunitário adotado pela Constituição de 1988, visto que o comunitarismo não norteou apenas a estruturação política do Estado brasileiro, mas estabeleceu ações tanto estatais quanto sociais voltadas ao comunitarismo. Ainda é possível vislumbrar a posição comunitarista da Constituinte de 1988, quando se analisa o artigo 3º, tem-se como objetivo da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade solidária. Assim, ao dispor expressamente sobre a solidariedade, a Constituição Federal adota diretamente uma posição comunitarista.

A referência de que o ordenamento pátrio passou a ser guiado pelos princípios comunitaristas é reforçada Borba e Swarovsky (2013, p. 150) quando as autoras afirmam que “a Constituição Federal de 1988 preocupou-se em trazer previsões normativas que tratam de instrumentos de participação popular e controle social da administração pública”. Contudo, as autoras demonstram que os mecanismos mais difundidos de participação popular seguem sendo as representações parlamentares e, em raras ocasiões, os plebiscitos e referendos.

Assim, outras formas de participação popular na gestão pública pedem espaço com vista ao aperfeiçoamento dos conceitos comunitaristas. Nesse sentido, é possível salientar as práticas de gestão compartilhada desenvolvidas pela Ministério da Justiça, especialmente a partir do ano de 2007.

4.1 Programas sociais de segurança pública

Dentre os projetos desenvolvidos com vista à descentralização da gestão administrativa em matéria de segurança pública, merecem destaque o Programa Nacional de Segurança com Cidadania – PRONASCI, o qual possui uma tríade centralizada na (i) na criação de um Sistema Único

de Segurança Pública – SUSP; (ii) na atuação direta da comunidade por meio de órgão populares, como os Conselhos Comunitários de Segurança Pública – COMUSEP; e (iii) na criação dos Gabinetes de Gestão Integradas Municipais – GGI-M.

O programa foi originalmente desenvolvido a partir da MP 384, de agosto de 2007. Na exposição de motivos da MP é possível verificar a preocupação do Poder Executivo em superar o problema histórico acerca das políticas públicas essencialmente repressivas, tais como intensificação de ações policiais, construção de novos presídios, endurecimento assistemático de penas. Tais iniciativas não têm apresentado os resultados esperados e não têm o condão de os obter. Ciente da ineficiência das ações repressivas, o Ministério da Justiça passou a elaborar a criação de políticas de segurança nacional com o fim específico de estabelecer um programa nacional apto a tratar da questão da segurança pública sob um viés social e humanista. É nesse sentido que surge o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – PRONASCI (BRASIL, 2015a). Em outubro de 2007, a MP 384 foi convertida na Lei Ordinária 11.530/2007 e o Programa passou a fazer parte das políticas públicas desenvolvidas pelo Governo Federal.

O programa visa à interação interdisciplinar das políticas públicas, principalmente em áreas metropolitanas e em cidade com altos índices de criminalidade. O projeto tem como método de ação a articulação de políticas de segurança com ações de cunho social. Sua prioridade é o enfrentamento da prevenção, já que as práticas repressivas não têm se mostrado suficientes para o enfrentamento da questão em áreas muito afetadas pela criminalidade. Nesse sentido, o Programa conta com a ação estratégica de vários segmentos interdisciplinares, os quais, segundo dados do Ministério da Justiça (BRASIL, 2015a), somam o total de 28 ações interdisciplinares.

Dentre os dados obtidos junto ao Governo Federal, podemos destacar algumas das principais ações de fomento à segurança pública compartilhada. Entre elas está a Rede Nacional de Altos Estudos em Segurança Pública – RENAESP e o programa Bolsa Formação para estudantes da área. No Rio Grande do Sul, dados do Ministério da Justiça (BRASIL, 2015b) apontam para um total de 12.233 estudantes na RENAESP. As instituições que estão vinculadas ao programa são: Faculdade Meridional - IMED (Passo Fundo); Universidade Luterana do Brasil (Canoas); Unisinos (São Leopoldo); Escola Superior de Teologia (São Leopoldo); UFRGS (Porto Alegre); Fadisma (Santa Maria); Feevale (Novo Hamburgo); Unisc (Santa Cruz do Sul); PUC (Porto Alegre).

No mesmo sentido de proporcionar a abertura à participação popular na elaboração de políticas públicas interdisciplinares, foram criados os Gabinetes de Gestão Integrada Municipal (GGI-M). Esses gabinetes funcionam no nível local e têm a responsabilidade, conjuntamente com a sociedade, de auxiliar na elaboração e na execução de políticas públicas voltadas à segurança pública.

A instalação de câmeras para videomonitoramento também é parte do programa. O investimento é realizado mediante convênio entre as prefeituras ou consórcios municipais, e mediante apresentação de projeto com a análise da viabilidade de instalação e execução, o montante é repassado aos municípios para a instalação dos equipamentos.

Outras ações interdisciplinares também poderiam ser destacadas como de grande valia na implementação do Pronasci. Nesse sentido, o Programa de Policiamento Comunitário mostra-se como o norte da concretização de uma gestão pública descentralizada em matéria de segurança pública, bem como o instrumento mais apto à realização dos conceitos de comunitarismo ao nível local, em razão da direta participação social na gestão da segurança pública.

4.2 Policiamento Comunitário

Segundo estudos realizados pelo Ministério da Justiça (BRASIL, 2015b), as estratégias repressivas de enfrentamento à criminalidade não se mostram suficientes para reduzir os índices em áreas costumeiramente afetadas pelas práticas criminosas. Buscando uma solução que pudesse implementar ações eficazes de combate à criminalidade, bem como tendo em mira a participação popular na elaboração e execução dessas políticas, o Pronasci passou a implementar ações de policiamento comunitário como política pública de descentralização do Estado administrador.

O policiamento comunitário é um método diferente de enfrentamento da violência. No modelo ordinário, o policiamento é eminentemente repressivo, atuando como consequência da ação criminosa. Assim, a ação de inteligência policial é realizada mediante análise estatística sobre o aumento ou diminuição das ações delitivas. Em sendo maior o número de ocorrências em determinado local, maior é a operação policial naquela localidade; à medida que as ocorrências vão diminuindo, as operações seguem o mesmo fluxo.

Porém, um dos entraves ao caráter repressivo das ações policiais é o fato de a criminalidade ser um movimento muito volátil, sempre encontrando novos meios de ação e novos locais de ocorrência. Assim, em verdade, as ações policiais baseadas na concepção repressiva acabam sendo posteriores ao crime: agem em sua consequência e não na sua causa.

Visando corrigir esse descompasso, o policiamento comunitário surge como uma ação interdisciplinar entre Estado e sociedade na busca de um novo modelo de polícia. Nesse sentido, as organizações policiais passam a desempenhar um duplo papel: ao mesmo tempo em que se tornam auxiliares na organização e reestruturação das comunidades, estabelecendo meios preventivos contra criminalidade, tornam-se também reestruturantes de suas próprias organizações administrativas. Assim como a sociedade passa a reformular-se com a ação policial preventiva, a polícia passa a reorganizar-se institucionalmente: agora não mais como agente repressor, mas como órgão preventivo.

Conforme adverte o Ministério da Justiça (BRASIL, 2015a), as práticas de policiamento comunitário não devem ser confundidas com ações assistencialista ou com a criação de uma força policial reserva. As ações desenvolvidas mediante a interdisciplinaridade do policiamento comunitário não visam suprir demandas sociais que, em razão de sua complexidade administrativa e orçamentária, devam ser cumpridas por órgãos estatais superiores.

Segundo literal disposição constitucional (art. 144, *caput*), a segurança pública é dever do Estado e responsabilidade de todos. Dessa forma, o que o policiamento comunitário busca é empregar de forma ativa e participativa a comunidade na elaboração e execução de políticas públicas voltadas à questão da segurança. Assim, não se está estabelecendo um contingente de reserva, mas sim contingenciando a população na responsabilidade de agir conjuntamente com o Estado. A busca conjunta de soluções para a questão da segurança pública é o norte do policiamento comunitário.

A responsabilidade por uma sociedade segura não cabe apenas ao Estado; a segurança dos territórios locais passa pela conscientização de que o cidadão tem o direito e o dever de participar na gestão das políticas públicas de segurança. Assim, a pretensão do policiamento comunitário é procurar congrega todos os cidadãos da comunidade por meio do trabalho da polícia, no esforço da segurança (BRASIL, 2015b, p. 6).

Em suma, a diretriz de trabalho do policiamento comunitário está baseada no “serviço policial que aproxima as pessoas, com nome e cara bem definidos, com um comportamento bem regulado pela frequência pú-

blica cotidiana [...]. A proposta da polícia comunitária oferece uma resposta tão simples que parece irreal: personalize a polícia, faça dela uma presença também comum.” (BRASIL, 2015b, p. 8)

O policiamento comunitário passa a ser desenvolvido quase que de maneira personalizada, onde o policial trabalhará sempre na mesma área, com uma ação interativa com a população. Essa atitude de entrosamento entre comunidade e polícia não conduz, contudo, a uma ação negligente ou beneplácita do policial para com o delinquente ou prioriza o atendimento de forma paternalista.

O policial comunitário é um servidor como outro policial qualquer, enérgico quando necessário, firme em sua postura e sereno no cumprimento de suas obrigações legais. O que diferencia o modelo comunitário do modelo repressivo é a atitude de aproximação, o diálogo constante e a troca de informações com a comunidade.

4.3 O projeto Rede de Comunicação: A tentativa de descentralização comunitária da Segurança Pública no Litoral Norte

Ao lado das políticas estatais de descentralização da segurança pública, as quais demonstram ser um movimento do topo para a base, surgem ações que percorrem o caminho inverso: partem da base social para o topo estatal. Assim é o projeto Rede de Segurança Público/Privada, implantado de forma experimental nos municípios de Xangri-lá e Capão da Canoa no período de 2012-2014.

Conforme dados da Secretaria de Segurança Pública (RIO GRANDE DO SUL, 2015), os índices de criminalidade no litoral norte, principalmente referentes ao crime de furto, encontram-se acima da média estadual. Enquanto no ano de 2011 o estado do Rio Grande do Sul teve um total de 166.698 (cento e sessenta e seis mil novecentos e noventa e oito) registros de furto, os municípios de Capão da Canoa e Xangri-lá somaram juntos um total de 2.354 (dois mil trezentos e cinquenta e quatro) ocorrências dessa natureza.

Levando em consideração as estimativas populacionais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2012) e os dados da Secretaria de Segurança Pública (RIO GRANDE DO SUL, 2015), é possível apontar uma média de 0,038 furtos por habitantes na região do litoral norte, enquanto o estado do Rio Grande do Sul possui a média de 0,014 furtos por habitantes. Nesse sentido, os municípios de Xangri-lá e Capão da Canoa possuíam ao ano de 2011 o dobro da média dos índices estaduais.

Visando corrigir essa mácula, os empresários da região em conjunto com o comando do policiamento local, deram início, em agosto de 2012, à implementação de um projeto empreendedor na área de segurança pública. Esse projeto visava à integração entre as forças policiais locais, a comunidade e as empresas de segurança privada. O projeto, denominado Rede de Segurança Público-Privada, foi idealizado pelo então Comandante do 2º Batalhão de Policiamento de Áreas Turísticas (2º-BPAT), Ten. Coronel Paulo Ricardo Garcia da Silveira e apresentado à comunidade local, que prontamente acolheu a ideia.

A iniciativa previa o apoio financeiro e material da Associação Comercial e Industrial de Capão da Canoa – ASSOCICC, a qual, mediante contribuição de seus associados e da comunidade, adquiriu seis rádios transmissores, que foram distribuídos em comodato para o 2º BPAT e para algumas empresas de segurança que firmaram a parceria.

Segundo Silveira (2015), o projeto estava estruturado de forma muito simples, mas com resultados muitos eficazes. A Brigada Militar seguiria realizando seu patrulhamento e suas operações de rotina e as empresas de telemonitoramento continuariam a cumprir seus contratos de prestação de serviço; em termos de rotina operacional, nada iria mudar. O que estava sendo implantado era um canal direto de comunicação entre a Brigada Militar e as empresas de telemonitoramento.

Conforme dados do arquivo pessoal de Silveira (2015), a Brigada Militar em Capão da Canoa e Xangri-lá contava à época com um efetivo de 30 homens empregados por dia; já as empresas de segurança possuíam um efetivo de mais de 700 vigilantes empregados por dia. Assim, a quantidade de homens que realizavam a vigilância patrimonial era infinitamente maior ao efetivo que realizava a segurança pública dos indigitados municípios. O intuito do projeto, então, era contar com a participação direta desse contingente particular no combate à criminalidade, especialmente nos crimes de furto a residências.

Então, conforme lembra Silveira (2015), foi implementada, como projeto piloto, a distribuição de seis rádios transmissores às empresas de vigilância privada e dois rádios à Brigada Militar de Capão da Canoa. Isso objetivava uma comunicação direta e imediata entre a guarnição de serviço e os centros de monitoramentos das empresas de segurança. Esse canal direto de comunicação visava unicamente dar uma resposta imediata especialmente aos chamados de furto, possibilitando um deslocamento mais rápido da guarnição de serviço e possibilitando que as outras empresas

também tomassem conhecimento do ocorrido e pudessem colaborar com informações sobre o acontecido.

Existia uma verdadeira rede de comunicação entre polícia e comunidade. Não havia a intenção de formar um contingente reserva ou um grupamento paramilitar. A intensão do projeto era aproximar o Estado, na figura da Brigada Militar, a sociedade, representada pela Associação Comercial, e o segmento de segurança particular, representado pelas empresas de telemonitoramento; a aproximação visava a participação conjunta, para que todos, mediante uma atuação em rede, pudessem contribuir para a redução da criminalidade.

Outro benefício que a implantação do projeto visava era a regularização das empresas de telemonitoramento. Segundo dados do Grupamento de Vigilância e Guarda da Brigada Militar, órgão legalmente responsável pela fiscalização das empresas de telemonitoramento, no início do projeto os municípios de Xangri-lá e Capão da Canoa contavam com um total de 63 (sessenta e três) empresas atuando no ramo do monitoramento e vigilância; sendo que apenas 17 (dezesete) possuíam regularidade (ROSA, 2013, p. 4).

Como o projeto previa que, para poder aderir à rede de comunicação, era necessário que a empresa estivesse regularizada, após a implantação do projeto piloto houve uma redução de 71% (setenta e um por cento) na informalidade das empresas da região (ROSA, 2013, p. 4).

O fato da regularização das empresas acabou contribuindo para outro resultado não previsto inicialmente: as empresas deixaram de ser concorrentes para se tornarem cooperadoras na atividade de segurança pública. Enquanto meras concorrentes, cada empresa ocupava-se da sua área de atuação, dando prioridade para o combate dos furtos dentro de seu território, não tomando conhecimento ou pouco se importando com o ocorrido em outras áreas. A partir da implementação da rede de comunicação, as empresas passaram a atuar conjuntamente, uma vez que a possibilidade de prisão de um autor de crime de furto (ainda que ocorrido em área diferente da ação de determinada empresa) representava um ganho para toda a sociedade e especialmente para os envolvidos no projeto.

O projeto que começou em agosto de 2012 e estendeu-se por até março de 2014, quando o comando Geral da Brigada Militar sugeriu o fim da parceria público privada. Os argumentos para tanto foram: (i) a inexistência de expresso amparo legal que autorizasse o Estado a firmar parcerias dessa ordem com as empresas de telemonitoramento; e (ii) que esse pro-

jeto poderia comprometer a moralidade e a impessoalidade do serviço de segurança pública, pois beneficiaria apenas os cidadãos que possuíssem contratos com as empresas participantes do projeto.

Conforme arquivos pessoais de Silveira (2015), o Comando Geral da Brigada Militar sugeriu que os rádios transmissores, que estavam em comodato com o 2º BPAT, fossem devolvidos à Associação Comercial e que houvesse, por parte do policiamento local, o abandono do referido projeto. A sugestão foi prontamente acatada pelo Comandante do 2º BPAT, que pôs fim à parceria da rede de comunicação. Desde de então, as ações de policiamento voltaram a se desenvolver sob o modelo de patrulhamento repressivo e comunicação via telefone 190.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das colocações expostas, é possível afirmar que, em matéria de segurança pública, o litoral norte do Estado possui as condições necessárias para implementar uma gestão pública descentralizada. Também, se pode afirmar que, frente ao movimento comunitário que se congregou na implantação do Projeto Rede de Comunicação, existe no âmbito dos municípios de Xangri-lá e Capão da Canoa as marcas de um comunitarismo responsivo. Em contrapartida, o Governo Estadual ainda reflete a tradicional gestão hegemônica das políticas públicas e centraliza a produção normativa em matéria de segurança pública.

A gestão pública descentralizada encontra suas bases principiológicas no conceito de Estado subsidiário e visa exatamente a execução de políticas públicas pelo menor núcleo social existente. Em um Estado federado, como o é o Brasil, os municípios representam a menor esfera de atuação estatal, possuindo, entretanto, autonomia para se auto-organizarem tanto em matéria administrativa quanto nas questões legislativas. Ocorre que, em termos de segurança pública, a tentativa de emprego da teoria da subsidiariedade foi ceifada pelo poder público centralizador.

Seja por desconhecimento sobre as vantagens que a descentralização proporciona, seja pelo apego ao modelo centralizador, certo é que o Projeto Rede de Comunicação não logrou êxito e não teve solução de continuidade por decisão única e exclusiva do Comando Geral da Brigada Militar. Não fosse a sugestão advinda do comando da corporação para interromper a parceria entre os órgãos de segurança pública e as empresas

de segurança patrimonial, ainda estaríamos presenciando o crescimento daquelas ações em prol da segurança pública.

Essa atitude centralizadora da segurança pública, a qual na exposição de motivos estampa a preocupação do comando da corporação com a possível impessoalidade e imoralidade do serviço prestado pela Brigada Militar só reforça a intenção do Estado em centralizar a execução de suas políticas públicas, ainda que estas se mostrem ineficazes.

O argumento de que apenas as pessoas que houvessem contratado o serviço de telemonitoramento seriam beneficiadas pela rede de comunicação é facilmente derrubado, uma vez que o projeto visava apenas à comunicação mais rápida e eficaz entre a comunidade e os órgãos de segurança pública. Sem privilegiar ninguém, atendia a todos. Além disso, havia a possibilidade de que qualquer cidadão pudesse adquirir um rádio transmissor e se tornar uma base local de comunicação com o policiamento.

Contudo, embora a rede de comunicação tenha sido temporariamente suspensa, ainda arde o calor da mobilização social que foi levantada com a criação do projeto, e a comunidade naqueles municípios segue atuante na implantação de medidas que propiciem o estabelecimento de um comunitarismo responsivo e solidário na busca de soluções para a segurança pública.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O Princípio de Subsidiariedade: Conceito e Evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BORBA, A. P. A.; SWAROVSKY, A. Comunidade e Segurança Pública: Experiências no combate à violência a partir da participação da comunidade nos conselhos municipais e comunitários de segurança pública. In: SCHMIDT, J. P.; HELFER, I.; BORBA, A. P. A. (Orgs.). *Comunidade e Comunitarismo: Temas em debate*. Curitiba: Multideia, 2013.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *EMI nº 00139 - MJ/MP/MDS/SR-PR/C. CIVIL-PR*. Anexa anteprojeto de lei que Institui o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania - PRONASCI e dá outras providências. Brasília, 20 de agosto

de 2007. Disponível em: <www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2007-2010/2007/Exm/EM-139-MJ-MDS-SR-PR-C.CIVIL.htm>. Acesso em: 30 out. 2015a.

_____. Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/pronasci/data/Pages/MJ0FE4DE4EITEMID56E765D6B0E84625958791DD5F305EB2PTBRNN.htm>>. Acesso em: 30 out. 2015b.

ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A Crise Conceitual e a (re)construção interrompida da soberania: o fim do Estado-Nação?. In: MORAIS, José Luis Bolzan de *O Estado e suas crises* (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 9-27.

GURVITCH, Georges. *La ideia del Derecho Social*. Granada: Editorial Comares, S.L., 2005.

_____. *Tratado de Sociologia*. Trad. Ana Maria Rabaça. Barcelos: Companhia Editora do Minho, 1997.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Juergen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Trad. Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980.

HERMANY, Ricardo. *(Re)Discutindo o espaço local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul. Edunisc/IPR, 2007.

IBGE. *Banco de Dados*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/>>. 2012. Acesso em: 30 out. 2015.

INOJOSA, Rose Marie. *Sinergia em Políticas e Serviços Públicos: Desenvolvimento Social com intersectorialidade*. São Paulo: Fundap, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: Novos Paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Participação Social na Administração pública. In: HERMANY, Ricardo (Org.). *Empoderamento Social Local*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 51-76.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *A idéia de Direito Social: o Pluralismo Jurídico de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIO GRANDE DO SUL. *Secretaria da Segurança*. Disponível em: <<http://www.ssp.rs.gov.br/>>. Acesso em: 30 out. 2015.

ROSA, Delmar da. Capão da Canoa e Xangri-lá são referências nacionais no combate à criminalidade. *A Folha do Litoral*, mar./abr. 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. São Paulo: Cortez, 2000.

SCHMIDT, João Pedro. Raízes do Comunitarismo: Concepções sobre a comunidade no pensamento ocidental. In: _____. *Comunidade e Comunitarismo: temas em debates*. Curitiba: Multideia, 2013.

_____. *Comunidade e comunitarismo na Constituição Federal e na Legislação brasileira*. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 30 out. 2015.

SILVEIRA, Paulo Ricardo Garcia da Silveira. *Rede de Comunicação*. Entrevistador: R. Verdum, 2015. Entrevista concedida à pesquisa Comunitarismo, subsidiariedade e segurança pública: as ações voltadas à segurança pública no litoral norte do estado.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001.

A PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR NO AMBIENTE VIRTUAL: O PODER DE DIREÇÃO DO EMPREGADOR FRENTE AO DIREITO À PRIVACIDADE

Raimar Rodrigues Machado

Advogado e Professor do Programa Pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Pós-Doutor pela Universidade de Roma TRE. Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo - USP.

Contato: raimar@terra.com.br

Josias Michel Schott

Mestrando em Direito com ênfase em Constitucionalismo Contemporâneo pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Pós-graduado em Direito Processual pela UNAMA, e Direito Público pela Anhanguera. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. Membro do Grupo de Estudos “Interseção Jurídica entre o Público e o Privado”, vinculado ao PPGD da UNISC.

Contato: josiaschott@gmail.com

Resumo:

Diante da lacuna legislativa, objetiva-se neste artigo analisar os limites do poder de direção do empregador frente ao direito fundamental à privacidade do trabalhador, especialmente no que toca às comunicações realizadas pela internet durante o horário laboral. Em atenção a esse propósito, o estudo será desenvolvido em três tópicos. No primeiro, abordam-se as principais referências da ordem Internacional à proteção do direito à privacidade no âmbito da sociedade de informação. Em seguida, examina-se como o ordenamento jurídico pátrio vem tratando desse direito, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Por fim, analisa-se como esse conflito de interesses, de um lado, a privacidade do trabalhador, e, de outro, o poder de direção do empregador, pode ser legitimamente resolvido à luz do arcabouço jurídico posto. Em suma, sugere-se que o juiz examine o caso concreto à luz do princípio da boa-fé objetiva, fazendo-se incidir, sempre quando necessário, o regramento contido na Lei 12.965, de 2014, para, excepcionalmente, autorizar a quebra do sigilo das informações pessoais do empregado.

Palavras-chave: Poder de direção do empregador privacidade do trabalhador. Internet. Princípio da boa-fé objetiva. Lei 12.965, de 2014.

1 INTRODUÇÃO

Diante da lacuna legislativa, objetiva-se neste artigo analisar os limites do poder de direção do empregador frente ao direito fundamental à privacidade do empregado, especialmente no que diz respeito às suas comunicações realizadas pela internet durante o horário laboral. É de se anotar que a Lei 12.965, de 2014, conhecida como o Marco Civil da Internet,

tratou do tema da proteção à privacidade e dos dados pessoais dos usuários na rede de forma geral, não se preocupando com o contexto peculiar apresentado nas relações trabalhistas.

Em atenção a esse objetivo, o estudo será desenvolvido em três tópicos. No primeiro, abordam-se as principais referências da ordem internacional à proteção do direito à privacidade no âmbito da sociedade de informação, ressaltando-se os tratados internacionais que o referendaram e uma decisão do Tribunal Constitucional alemão que versou sobre a temática.

Em seguida, examina-se como o ordenamento jurídico pátrio vem tratando dos direitos fundamentais à vida privada e à intimidade dos cidadãos brasileiros no âmbito da sociedade da informação, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Observa-se que a Lei 12.965, de 2014, conhecida como o Marco Civil da Internet, em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado na Constituição, e aos direitos da personalidade, reconhecidos no Código Civil, trouxe uma regulamentação específica e detalhada no sentido de se proteger a privacidade dos usuários no espaço virtual, somente autorizando a sua quebra, excepcionalmente, quando o seu titular o utilizar como meio para a prática de atos ilícitos ofensivos aos direitos de outrem, e após autorização judicial.

E, por fim, em atenção ao objetivo deste trabalho, analisa-se como esse conflito de interesses, de um lado, a privacidade do trabalhador, e, de outro, o poder de direção do empregador, pode ser legitimamente resolvido à luz do arcabouço jurídico posto. Observa-se que, por conta da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, todas as relações jurídicas, sobretudo as trabalhistas, nas quais uma das partes se sujeita aos poderes da outra, são impregnadas pelos seus efeitos.

A par disso, sugere-se, aqui, que o juiz, ao analisar esse conflito entre os direitos dos trabalhadores e do empregador, faça-o à luz do que propõe o princípio da boa-fé objetiva, sobretudo no que toca aos seus deveres anexos, como o da lealdade, da honestidade, da confiança, do respeito e da colaboração recíproca que sempre devem prevalecer nas relações sociais, especificamente no âmbito contratual. E, diante da quebra de algum desses deveres por parte do empregado no curso do contrato de trabalho, o empregador, nos termos propugnados pela Lei 12.965/14, poderá, aí sim, mediante a comprovação de seus indícios, solicitar autorização judicial para acessar as informações pessoais pertinentes. Consi-

derando que o trabalho será de natureza bibliográfica, o método de abordagem será o hipotético-dedutivo e o método de procedimento a ser utilizado será o histórico-crítico.

2 O DIREITO À PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO

A Sociedade de Informação ou de Conhecimento tem na essência e o seu bem mais valioso, como o seu próprio nome sugere, a informação. Com o advento da internet, a difusão do conhecimento atinge subitamente, em tempo real, um número indeterminado de pessoas. E, com as denominadas redes sociais, espaços de naturezas virtuais e reais de comunicação são estabelecidos em todo o planeta a qualquer momento e com quaisquer pessoas (PEZZELLA; CAMARGO, 2009, p. 83 e 87).

Não por acaso, esses novos meios de comunicação vêm determinando uma mudança estrutural e multidimensional no mundo nas últimas décadas, constituindo-se, por consequência, num elemento formador de uma nova organização social (CASTELLS, 2005, p.17). Seus impactos são nítidos e progressivos nas diversas áreas do conhecimento, e, por consequência, do próprio Direito, que não poderá se manter inerte em face dessa nova realidade imposta à sociedade, dentre as quais as relacionadas ao ambiente de trabalho.

É forçoso reconhecer, por exemplo, a revolução que essas inovações tecnológicas vêm provocando, não só no campo do entretenimento, mas também em domínios essenciais para a humanidade, como a medicina e a educação. Por meio do desenvolvimento de realidades virtuais, tem-se introduzido nas escolas inovadoras técnicas de ensino que permitem o seu aperfeiçoamento por meio da imersão do aluno num ambiente 3D e a sua interatividade diretamente com o objeto em estudo. Além disso, ressalta-se a sua utilização com resultados satisfatórios no tratamento de doenças consideradas incuráveis pela medicina tradicional, como a paralisia cerebral e a demência (GERMANO, 2016).

Observa-se, ainda, a contribuição dessas novas ferramentas comunicacionais para o processo de democratização do ensino, ao viabilizar a sua socialização para um número maior de pessoas, que, por diversas razões, não detinham condições para acessar a escola formal em outras épocas (PETROVIC, 2006, p. 27). Isso se reveste de importância, se se considerar que a educação é a principal ferramenta de libertação e emancipação do

indivíduo, por meio da qual as pessoas se habilitam a participar ativa e conscientemente da vida pública da comunidade e do Estado.

Assim, a sua democratização representa um pressuposto inarredável para o exercício da cidadania, dos demais direitos fundamentais e da própria democracia (GORCZEWSKI, 2013, p. 54-55). Não foi por outra razão, aliás, que o legislador ordinário declarou expressamente no artigo 7º, da Lei 12.965, de 2014, que o acesso à internet é um instrumento essencial para o exercício da cidadania, instituído na Constituição Federal de 1988 como um princípio fundante do Estado democrático brasileiro.

No entanto, se, por um lado, não se devem ignorar os benefícios que essas tecnologias vêm proporcionando para a sociedade da informação, como exemplificativamente se destacou acima, por outro vértice, faz-se necessário refletir sobre o seu caráter, por vezes, negativo às relações sociais. Neste ponto, tem-se evidenciado que a circulação de um número sem fim de dados de todas as naturezas pela rede mundial de computadores, conectando diuturnamente pessoas e instituições civis e públicas, por ocorrer frequentemente à margem de qualquer tipo de controle e fiscalização eficientes, transformou o ambiente virtual num terreno fecundo para a fragilização da esfera de proteção dos direitos fundamentais dos usuários, em especial, dos seus direitos à intimidade e à vida privada (RUARO; RODRIGUES, 2010, p. 183-184).

E isso ficou cabalmente demonstrado por conta das revelações recentes trazidas ao público pelo caso Snowden. Enfim, se antes o sigilo das informações pessoais dos usuários contidas na rede era uma dúvida, agora, tem-se certeza de que os novos meios de comunicação virtual transformaram o mundo num ambiente definitivamente vigilante (MINOZZO, 2016). Nesse sentido, um dos mais renomados pesquisadores da atualidade sobre tecnologias digitais, o sociólogo Pierre Lévy, é enfático em afirmar que as pessoas não devem contar com a privacidade no ambiente virtual.

Segundo este estudioso, apesar do desenvolvimento de políticas de privacidade, a internet, em geral, é um espaço público. A presunção, portanto, é a publicidade das informações pessoais dos internautas, e não a sua confidencialidade. Se o usuário quiser que o conteúdo de suas informações seja protegido da devassa alheia, ou ele deverá utilizar encriptação de dados, ou não o disponibilizar na rede (MOREIRA, 2016).

Nesse contexto, tem se afirmado que se vive hoje numa era em que a liberdade amplamente concedida pela internet às pessoas vem sendo globalmente vigiada. É um paradoxo, na medida em que se distribui liber-

dade para se vigiar melhor os pensamentos e as ações de cada usuário a partir de suas informações espontaneamente disponibilizadas na internet (MELO; SATHLER, 2005, p. 35).

Por razões de ordem econômica ou de segurança nacional, por exemplo, o direito à privacidade, que deveria tutelar as informações e os dados pessoais dos internautas, está sendo alvo de constantes devassas por terceiros, seja de particulares ou do próprio Estado. Mediante a utilização de programas altamente sofisticados, invade-se a vida privada da pessoa, capturam-se informações privilegiadas e economicamente úteis a seu respeito e constroem o seu perfil virtual, o qual revelará a sua personalidade, os seus hábitos, gostos e as suas preferências mais íntimas e confidenciais (PEZZELLA; CAMARGO, 2009, p. 90-92).

Diante desse cenário altamente perigoso e potencialmente lesivo à esfera privada dos indivíduos apresentado pela sociedade contemporânea, a Comunidade Internacional e os Estados vêm reagindo, com vistas a se adequarem ante essa nova realidade social imposta pela recente revolução tecnológica da comunicação (WACHOWICZ; WINTER, 2009, p. 2.491). Enfim, os governos estatais vêm progressivamente demonstrando a necessidade de se editarem legislações adequadas à preservação das informações e dos dados pessoais disponíveis na internet contra o seu uso indevido e abusivo por terceiros.

No âmbito internacional, essa preocupação já vem se manifestando desde a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, quando se estabeleceu, no seu artigo 27, que toda pessoa tem direito de participar livremente do desenvolvimento da ciência e de ter os seus interesses morais e materiais devidamente protegido em face do progresso científico. E, dentre os interesses ou direitos inerentes à natureza humana que se reconheceu naquela oportunidade, consta, no seu artigo 12, o direito à vida privada (ONU, 1948).

Mais tarde, com vistas a complementá-la e a revesti-la de força normativa perante os Estados-membros das Nações Unidas, foi assinado o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, de 1966, consagrando-se, no seu artigo 17, em reforço normativo ao dispositivo correspondente da Carta de 1948, a garantia de toda pessoa humana em não sofrer interferências abusivas à sua vida privada, assim como ataques à sua honra e reputação. Eventuais violações a esses direitos conferem à vítima a prerrogativa de exigir do Estado a devida proteção legal (ONU, 1966).

Na sequência, a matéria foi posta em debate quando os Estados-membros das Nações Unidas assinaram a Declaração sobre o uso do progresso científico e tecnológico no interesse da paz e para o benefício da humanidade, em 1975. Nos seus artigos 2º e 3º consta que o progresso científico e tecnológico não pode ser utilizado, sobretudo pelos órgãos estatais, para impedir ou interferir o exercício dos direitos humanos pelos cidadãos, cabendo ao Estado a edição de medidas que visem garantir que esse progresso satisfaça às suas necessidades materiais e espirituais (ONU, 1975).

Não se pode ignorar, portanto, que nas últimas décadas, de fato, a comunidade internacional vem se preocupando com o caráter potencialmente nocivo do avanço tecnológico para as pessoas, em particular no que toca à privacidade de seus lares e à confidencialidade de suas comunicações, justamente por conta desse desenvolvimento desenfreado e sofisticado de técnicas de vigilância e monitoramento de suas vidas, tanto por parte do ente estatal, quanto pelas organizações privadas (HAMELINK, 2005, p. 111).

Já no âmbito dos Estados, esse tema ganhou relevo na década de 1980, quando o Tribunal Constitucional alemão, ante à inexistência de legislação específica disciplinando a matéria, decidiu favoravelmente ao direito à privacidade numa questão claramente relacionada com a sociedade da informação. Na ocasião, o referido Tribunal entendeu que as pessoas têm direito fundamental à autodeterminação de suas informações, no qual estariam insertas a sua imagem e todas as referências escritas que lhe dissessem respeito. Esse direito, portanto, teria que lhes assegurar plena autonomia para decidirem sobre quando e dentro de quais balizas seus dados pessoais poderiam ser utilizados por terceiros, inclusive pelo próprio Estado (RUARO; RODRIGUES, 2010, p. 183-184).

Note-se que, na esteira do que preconizava a Declaração Universal de 1948, a Alemanha havia se constituído, em 1949, com a promulgação da Constituição de Bonn, ainda vigente, num Estado Democrático de Direito, definitivamente comprometido com a proteção do ser humano. Conforme se depreende do seu artigo 1º, §§ 2º e 3º, os direitos fundamentais representam a base da comunidade e, por isso, num esforço consciente do constituinte em realçar a sua efetividade, determinou-se, à época, a vinculação direta dos Poderes Legislativo, Executivo e Judicial às suas prescrições normativas (ERICHSEN, 2014, p. 21 e 25).

Diante desse quadro, em 1958, no julgamento do caso *Luth*, o Tribunal Constitucional alemão, numa decisão paradigmática e referencial para os demais Estados que se constituíam democraticamente a partir da

segunda metade do século XX, reconheceu nos direitos fundamentais, ao lado de sua dimensão subjetiva, que remonta ao século XVIII, quando da instituição do Estado Liberal, uma ordem objetiva de valores condicionante do sistema jurídico na sua integridade. Desse modo, nenhuma lei, ato administrativo ou decisão judicial, assim como nenhuma ação privada, poderia se evadir dos seus efeitos (SARLET, 2015, p. 153-154).

Assim, coube ao Estado o dever de proteger essa ordem de valores constitucionalmente estabelecida contra ações ou omissões advindas dos poderes públicos ou dos particulares em suas relações intersubjetivas. Nesse contexto, as leis, que até então representavam a fonte por excelência e soberana do direito, sem qualquer vinculação a normas de ordem superior, passam a ser elaboradas, interpretadas e aplicadas em conformidade com os valores axiológicos veiculados nos preceitos de direitos fundamentais consagradas no texto constitucional do Estado (NOVAIS, 2003, p. 57-58).

Com base nisso, e atento ao objetivo inicialmente proposto no presente trabalho, insta que se analise como o ordenamento jurídico pátrio vem tratando os direitos fundamentais à vida privada e à intimidade dos cidadãos brasileiros no âmbito da sociedade da informação a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Lembrando que, naquela oportunidade, o Brasil se constituía num Estado Democrático de Direito, e, como tal, empenhado com a proteção dos direitos da pessoa humana.

3 O DIREITO À PRIVACIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Na esteira de outros países, como Alemanha, em 1949, o Brasil se convertia, em 1988, com a promulgação de sua atual Carta Política, num Estado Democrático de Direito, fundamentado, dentre outros princípios, na cidadania e na dignidade da pessoa humana. Em face disso, reconheceu-se no Título II da Constituição Federal um extenso rol exemplificativo de direitos e garantias fundamentais como instrumentos indispensáveis para promovê-los satisfatoriamente aos cidadãos brasileiros (BRASIL, 1988).

Porém, mais do que isso, o seu artigo 5º, § 1º, lhe atribuiu uma posição de destaque e proeminência em face das demais normas constitucionais ao consignar que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata. Enfim, nesse dispositivo reconheceu-se, de forma expressa e categórica, semelhantemente às leis fundamentais alemã, espanhola e portuguesa, um dever de proteção ao Estado em relação aos seus conteúdos

contra atos agressivos advindos dos agentes públicos ou dos próprios particulares (SARMENTO, 2006, p. 129-130).

Com efeito, impôs-se aos poderes constituídos do Estado brasileiro, no exercício de suas respectivas funções, a conjugação de esforços para a plena efetivação desses direitos. Ao Legislativo, quando da elaboração das leis, ao Executivo, durante a gestão da coisa pública, e ao Judiciário, quando da tomada de decisões sobre os casos concretos que são submetidos à sua jurisdição.

E, dentre os que foram expressamente reconhecidos no texto constitucional, consta, no seu artigo 5º, X e XII, respectivamente, o direito à privacidade e a inviolabilidade do sigilo das comunicações e dos dados pessoais dos cidadãos, sem discriminar se no ambiente real ou virtual. Esse dispositivo, ao assegurar a intangibilidade de direitos fundamentais inerentes à personalidade humana, como a intimidade, a vida privada, a honra e à imagem das pessoas em suas mais variadas interações sociais, resguarda às vítimas de sua violação o direito à indenização pelos danos, material e/ou moral, eventualmente sofridos.

Nessa trilha, em 2002, por força do seu dever de proteção aos direitos e garantias fundamentais, o legislador ordinário reformula o arcaico e anacrônico Código Civil, com vistas a adequá-lo ao novo cenário político e social brasileiro inaugurado com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2002), pois, essa legislação, editada em 1916, de cunho eminentemente liberal, definitivamente não mais correspondia aos valores da sociedade nacional.

Se antes os bens jurídicos a serem tutelados eram a autonomia privada e a propriedade, agora, sob a ótica do Estado Democrático de Direito, é o ser humano na sua integralidade, em especial, os seus direitos à personalidade, compreendidos como pressupostos indissociáveis à preservação da dignidade humana (CANTALI, 2009, p. 92). Nesses termos, diferentemente de seu antecessor, o atual Código Civil brasileiro sistematizou esses direitos nos seus primeiros dispositivos como forma de valorizá-los em relação às demais matérias nele contempladas, dando um sinal claro para que o intérprete os utilize como referência interpretativa de todo o Estatuto, de modo a repersonalizá-lo ou a despatrimonializá-lo (FACCHINI NETO, 2010, p. 53-54).

Dentre os direitos da personalidade reconhecidos no atual Estatuto Civil, consta, no seu artigo 21, a inviolabilidade à vida privada da pessoa natural. Obviamente que, ao se assegurar a proteção da vida privada, está-se

implicitamente tutelando a intimidade, na medida em que esta se insere no campo mais recôndito do indivíduo. Enquanto que a vida privada ou privacidade corresponde às relações da pessoa com o seu círculo social mais próximo, como a família e amigos, a intimidade representa a esfera mais secreta e intimista de sua vida, englobando questões altamente confidenciais reservadas, muitas vezes, só para o seu titular (ROMITA, 2009, p. 289-290).

Portanto, a proteção desses direitos visa garantir ao indivíduo a liberdade de se manifestar e de se realizar como ser humano de forma autônoma e independente, fazendo as suas opções pessoais sem quaisquer ingerências ou condicionamentos de terceiros. Enfim, é o direito que toda pessoa tem de ser e de viver a sua vida conforme o seu agrado, cabendo-lhe decidir sobre as suas convicções, crenças, preferências e orientação sexual, por exemplo, sem perturbações ou intromissões alheias (BELMONTE, 2013, p. 184).

E, em caso de violação a esses direitos, o referido dispositivo legal prescreve que o juiz deverá adotar as providências necessárias para impedi-las ou fazer cessá-las. Ou seja, à luz dessa cláusula geral, o magistrado está obrigado a tomar todas as medidas que julgar pertinentes e adequadas a fim de evitar ou neutralizar atos adversos à inviolabilidade da intimidade e da vida privada das pessoas, independentemente do contexto no qual se encontram e do ambiente de suas relações, se real ou virtual (PEZZELLA; CAMARGO, 2009, p. 91).

De qualquer modo, o legislador ordinário elaborou recentemente uma legislação destinada a disciplinar especificamente o direito à privacidade no campo das comunicações realizadas pelos usuários na rede mundial de computadores. É de se anotar, porém, que a Lei 12.965, de 2014, conhecida como o Marco Civil da Internet, tratou do tema da proteção à privacidade e dos dados pessoais de forma geral, não se preocupando com o contexto peculiar apresentado nas relações trabalhistas, notadamente evidenciado por conta do exercício dos direitos igualmente fundamentais do empregador ao seu poder diretivo da atividade e de propriedade sobre os bens do empreendimento (BRASIL, 2014).

Em síntese, o objetivo dessa legislação foi definir os limites dentro dos quais se legitima o acesso de terceiros às informações pessoais dos cidadãos contidas na internet, apesar do seu artigo 7º reconhecer expressamente a inviolabilidade da intimidade e da vida privada como direitos fundamentais à preservação da personalidade do usuário da rede. Pois, se de um lado o sigilo das informações é essencial para a preservação da privacidade do indivíduo, por outro, evidentemente, não se justifica a sua sa-

cralização quando esse direito for utilizado indevidamente para a prática de condutas ilícitas em detrimento de direitos igualmente fundamentais de outrem, como a honra, a imagem e a própria vida.

Desta maneira, assim como o meio real, o Estado tem o dever de estabelecer regras sociais civilizatórias também no espaço virtual, transformando-o num terreno infértil para a prática de condutas adversas à dignidade da pessoa humana, que se constitui no fundamento dos princípios estruturantes do Estado Democrático e de Direito. E, como tal, o valor da dignidade impregna toda a ordem jurídica, espraia-se à totalidade dos ramos do direito e inspira a integralidade das ações dos poderes públicos e dos particulares, independentemente do ambiente no qual sejam praticadas (ROMITA, 2009, p. 277).

Nessa perspectiva, ao mesmo tempo em que se deve assegurar a liberdade do indivíduo em suas manifestações de pensamentos sem interferências ou ameaças alheias, seja de particulares ou do próprio Estado, impõe-se garantir à sociedade instrumentos legais capazes que a permitam, ainda que excepcionalmente, restringi-la em face de sua utilização indevida e abusiva pelo seu titular. Pois, assim como a liberdade de se expressar e a privacidade das informações, os demais direitos merecem tanto quanto a tutela estatal, sobretudo quando a sua violação puder afetar a estabilidade do tecido social e comprometer a dignidade de terceiros.

Por essa razão, apesar da relevância de se proteger o sigilo das informações contidas na rede como instrumento de se preservar a liberdade de manifestação do pensamento, esse direito, assim como o é qualquer outro direito fundamental, não se revela de caráter absoluto e inviolável sob a ótica do Estado Democrático de Direito. Numa sociedade pluralística como a brasileira, todos os interesses constitucionalmente assegurados são legítimos e, como tais, merecedores da mesma hierarquia e de igual tutela por parte do Estado (RUARO, 2007, p. 246).

Serão as circunstâncias de cada caso concreto que justificarão a supremacia ou a relativização de algum interesse em face de outro, com vistas à preservação de uma convivência social harmônica (ASCENSÃO, 2007, p. 23). Nesses termos, o artigo 22, da Lei 12.965/14, propugna que se o usuário da internet a utilizar como instrumento para o cometimento de ilícitos civis ou penais, a parte interessada poderá requerer ao juiz autorização para acessar as suas informações e os seus dados para a comprovação da materialidade do fato supostamente perpetrado pelo internauta.

Esse requerimento somente será para fins de instrução probatória, em processo penal ou civil, e deverá, necessariamente, vir acompanhado da demonstração de certos requisitos. Dentre eles, a constatação de que há fundados indícios da prática do ilícito, justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados e, por fim, a determinação do período ao qual se referem as referidas informações.

Somente após a apresentação justificada desses elementos é que o juiz poderá autorizar essa medida probatória, pois sempre que a elucidação dos fatos puder se dar por outros meios menos invasivos à privacidade da pessoa, essa medida deverá ser obstada (MINOZZO; 2016). Além disso, assevera o seu artigo 23 que o magistrado deverá tomar todas as providências necessárias para a garantia do sigilo das informações recebidas, com vistas à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo, para tanto, até mesmo determinar segredo de justiça ao procedimento em curso, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro.

Note-se, portanto, que a regra é a privacidade na rede. Em situações excepcionais, especificamente diante de práticas de ilícitos pelo usuário, a vítima poderá, mediante a comprovação de certos requisitos legais, solicitar ao juiz a quebra do sigilo das informações do suposto autor dos fatos para fins de instrução probatória. Ressalta-se, portanto, que a legislação brasileira veda peremptoriamente que essa quebra se dê à revelia de uma autorização judicial específica e que tenha uma finalidade diversa daquela legalmente posta.

Isso porque, a preservação dos direitos à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem das pessoas, seja no ambiente virtual, ou em sua vida real, revela-se imprescindível para o pleno desenvolvimento da personalidade e da identidade das pessoas, dignificando-as diante de sua comunidade. Desse modo, a sua desproteção somente se justifica excepcionalmente em face de seu uso abusivo pelo seu titular em detrimento aos direitos de terceiros.

4 O DIREITO À PRIVACIDADE DO TRABALHADOR EM FACE DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR NO AMBIENTE VIRTUAL

Note-se, portanto, a preocupação do legislador com a preservação do direito ao sigilo das informações que dizem respeito à vida privada dos cidadãos. Especificamente no ambiente virtual, a Lei 12.965/14 apenas au-

torizou a sua quebra quando o titular desse sigilo o utilizar como meio para a prática de atos ilícitos, civil ou criminal, ofensivos aos direitos de outrem.

No entanto, é de se ressaltar que essa legislação regulamentou o tema de forma genérica, não adentrando no contexto peculiar apresentado no ambiente de trabalho, no qual os direitos da personalidade do trabalhador são confrontados no caso concreto com o direito à livre-iniciativa do empregador, especialmente evidenciado pelo seu poder de direção que lhe é assegurado no desenvolvimento da atividade e no seu direito de propriedade sobre os bens e pertences do empreendimento. Nos termos propugnados no artigo 170, *caput*, da Constituição Federal, “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]” (BRASIL, 1988).

Portanto, ao mesmo tempo em que a Constituição Federal resguarda ao empregador a livre-iniciativa para constituição e o desenvolvimento de sua atividade, contratando empregados e os sujeitando ao seu poder de comando e direção, impõe-lhe, claramente, como limite para o exercício dessa liberdade, a valorização do trabalho humano e a garantia de uma existência digna a todos os trabalhadores. E essa existência digna somente será possível quando todos os direitos fundamentais inerentes à figura humana forem igualmente respeitados, pois o Item 13, da Conferência de Teerã, de 1968, já destacava que todos os direitos e liberdades fundamentais são indivisíveis e interdependentes, de modo que a realização dos direitos civis sem o gozo dos direitos sociais resulta impossível (ONU, 1968).

Assim, ao lado dos direitos sociais previstos nos artigos 6º a 11, da Constituição Federal, destinados historicamente à recomposição da igualdade de fato, é necessário que os direitos individuais consagrados no artigo 5º também o sejam concretizados, dentre eles os direitos inerentes à personalidade dos trabalhadores, como a sua honra, imagem, vida privada e intimidade. É preciso ressaltar que, diante dos desequilíbrios das partes na relação trabalhista, esta proteção se faz ainda mais necessária, se comparada àquelas que se estabelecem no âmbito civil (GÊNOVA, 2005).

E, isso tem nitidamente se agravado por conta da globalização da economia nos últimos anos, impulsionada pelas novas tecnologias de comunicação. Esse processo acirrou a competitividade e a concorrência entre as empresas em âmbito global, com consequências indesejáveis à preservação dos direitos e das garantias dos trabalhadores. Nesse contexto, os empreendedores, na ânsia de manterem ou aumentarem a sua

lucratividade, enveredaram para um movimento de precarização da mão de obra, a partir de uma visão essencialmente materialista e economicista da relação laboral, em detrimento da sua humanização e de valores de ordem ética e moral, informadores do Estado Democrático de Direito (MACHADO, 2012, p. 224-229).

Porém, não se pode admitir que o império da autonomia privada, subserviente aos interesses egoísticos e patrimonialistas do empregador, típicos do Estado Liberal, no qual a ambição dos mais fortes se impunha em detrimento da livre e desimpedida expressão de vontade dos mais fracos, seja revigorada e suplante as conquistas sociais das últimas décadas (SARLET, 2015, p. 47-48). É preciso que os governos reajam a isso e instiguem mecanismos suficientemente capazes para projetar os direitos dos trabalhadores sobre o poder econômico exercido pelo seu empregador, no sentido de lhe garantir efetivamente uma existência digna no seu ambiente laboral (SARMENTO, 2006, p. 19).

Note-se que liberdade é a faculdade que a pessoa tem de se autodeterminar conforme as suas escolhas (BELMONTE, 2013, p. 21). No entanto, essas escolhas deliberadas com liberdade dentro do Estado Democrático de Direito não podem justificar desrespeito à liberdade de outrem, muito menos justificar menosprezo ao direito à igualdade. É preciso salientar que o exercício de uma liberdade egoística e não partilhada com os demais membros da comunidade se revela em puro arbítrio daquele que a exerce, incompatível, portanto, com os valores propugnados contemporaneamente (MACHADO, 2012, p. 205).

Nesses termos, apesar de o direito do trabalho, cuja origem no Brasil remonta a década de 1940, quando a autonomia privada era o valor privilegiado pelo Estado, ainda não ter contemplado expressamente regras de proteção dos direitos da personalidade dos trabalhadores em face do exercício do poder de mando do patrão, isso não impede que o sejam efetivamente protegidos no ambiente laboral, pois esses direitos correspondem a uma ordem objetiva de valores consagrada numa Constituição normativa, cujos efeitos se irradiam diretamente aos casos concretos, condicionando substancialmente todos os atos, contratos, normas infraconstitucionais, institutos jurídicos ou leis. Ou seja, nenhuma ação estatal ou privada se legitima imune aos direitos fundamentais.

Assim, o contrato de trabalho, como qualquer outro contrato de natureza civil, deve ser elaborado à luz do conteúdo contemplado nesses direitos. Nesses termos, o exercício do poder de direção do empregador, embora

constitucionalmente protegido como um direito fundamental decorrente do princípio da livre-iniciativa, não pode implicar ofensas aos direitos da personalidade dos empregados, em especial à sua intimidade e vida privada evidentemente fragilizada pelas novas tecnologias da sociedade da informação proporcionadas ao empregador como instrumentos minuciosos e eficazes de monitoramento das atividades desenvolvidas pelos empregados, inclusive as de cunho particulares (ROMITA, 2009, p. 214).

Reportando-se aos contratos em geral, tem-se entendido, reiteradamente, que o princípio constitucional da boa-fé objetiva, decorrente, para alguns, da dignidade da pessoa humana, e, para outros, da solidariedade, representa um limite material da autonomia privada na esfera contratual, de modo a autorizar que o Poder Judiciário declare inválidas eventuais cláusulas do contrato que se mostrem contrárias à boa-fé de uma das partes (FACCHINI NETO, 2010, p. 63). Essa cláusula geral, que tem previsão expressa no artigo 422, do Código Civil brasileiro, impõe aos contratantes um dever de lealdade recíproco ao longo da relação negocial, da qual decorrem os denominados *deveres anexos ou laterais de conduta* que, independentemente de previsão contratual expressa, são obrigações que se impõem às partes.

Por conta desses deveres, as partes devem proceder umas com as outras com cuidado, respeito, lealdade, probidade e honestidade, conforme a confiança nelas depositadas. Além disso, é necessário que ajam entre si de modo cooperativo e colaborativo com vistas à formação, à execução e à conclusão exitosa do negócio (TARTUCE, 2012, p. 538).

E, conforme o artigo 187 do Estatuto Civil, aquele que violar a boa-fé objetiva comete um ato ilícito, consubstanciado no abuso no exercício de seu direito. Sugere-se, assim, que, tal como os contratos civis, a interpretação do contrato de trabalho e das relações dele decorrentes entre trabalhadores e empregador seja orientada pelo exame das peculiaridades do caso concreto relacionadas ao respeito ou não dos contratantes a essa cláusula aberta, notadamente evidenciada pelas condutas de lealdade e de confiança que deve imperar entre as partes no curso de toda a relação contratual, sobretudo na de natureza trabalhista.

Nesses termos, tanto o exercício abusivo do direito de direção do empregador quanto o uso indevido dos meios de comunicação virtuais no ambiente de trabalho por parte dos empregados devem ser repreendidos pelo magistrado nos casos que lhe são submetidos à sua decisão, pois nenhum direito fundamental deve se sobrepor abusivamente sobre os demais. O abuso no exercício de qualquer direito, nos termos propugnados,

aliás, pelo Marco Civil da Internet em relação ao sigilo das informações dos usuários da rede, permite a sua relativização em nome da preservação de outros direitos.

Portanto, o uso do e-mail particular ou de quaisquer outros meios de comunicação pelo empregado no computador de propriedade do empregador não pode prejudicar a execução dos seus trabalhos ou comprometer a imagem da empresa perante terceiros. Se assim agir, estará sendo desleal com o seu empregador e, portanto, violando a boa-fé objetiva. No entanto, o empregador, no máximo, poderá fazer um monitoramento formal das comunicações do empregado. Jamais lhe é permitido exercer o seu controle material (BELMONTE, 2013, p. 89-92).

Segundo a Lei 12.965, de 2014, acima examinada, o acesso ao conteúdo das mensagens pessoais dos usuários da internet, independentemente da situação de seu titular, somente será possível mediante a comprovação de determinados requisitos, dentre eles, indícios do cometimento de ilícitos, e após autorização judicial. Nessa linha, o poder diretivo do empregador e o seu direito de propriedade sobre os bens utilizados pelos trabalhadores, como o são os computadores e a assinatura da internet, não lhe autoriza, por si só, a quebra do sigilo das informações veiculadas pelo empregado. Eventual intromissão nesse sentido configura uma conduta desleal e, portanto, ofensiva da boa-fé objetiva e que, portanto, deve ser rechaçada pelo Poder Judiciário (RUARO, 2007, p. 239).

Porém, deve-se ressaltar que a solução se apresenta diferente quando o e-mail, por exemplo, utilizado pelo empregado, for de natureza corporativa, especialmente lhe destinado pelo empregador como instrumento para o exercício mais eficiente de sua atividade laborativa. Neste caso, como as informações nele contidas não têm caráter personalíssimo, mas, pelo contrário, é de interesse do empregador, nada o impede de acessá-lo, comedido, é claro, como forma de se reforçar os laços de confiança e de respeito que devem imperar nas relações com seus empregados. Neste caso, então, quando o seu acesso for necessário para a elucidação de algum fato relacionado ao desenvolvimento da empresa, é possível que o empregador o faça, amparando-se, tão somente, no regular exercício de seu poder de coordenação, fiscalização e controle sobre a atividade desempenhada pelos trabalhadores em seu nome.

Enfim, defende-se, aqui, que o juiz, ao analisar esse conflito de direitos, de um lado, a privacidade do trabalhador, e, de outro, o poder de

direção do empregador, faça-o à luz do que propõe o princípio da boa-fé objetiva, sobretudo no que toca aos seus deveres anexos, como a lealdade, a honestidade, a confiança, o respeito e a colaboração recíproca que sempre devem prevalecer nas relações sociais, especificamente, no âmbito contratual. E, diante da quebra de algum desses deveres por parte do empregado no curso do contrato de trabalho, o empregador, nos termos propugnados pela Lei 12.965/14, deverá, mediante a comprovação de seus indícios, solicitar autorização judicial para acessar as suas informações e os dados contidos na internet.

Em suma, o poder de direção do empregador não o legitima a invadir a vida privada de seus empregados. Caso o faça, estará incorrendo em abuso de direito, cuja consequência, nos termos propostos pelo Enunciado n. 24 CJF/STJ, será a sua responsabilidade civil objetiva e a indenização de todos os danos, morais e materiais, eventualmente sofridos pelo empregado, conforme assegura o artigo 927, do Código Civil.

5 CONCLUSÃO

Observou-se ao longo deste trabalho que as novas tecnologias desenvolvidas pela sociedade da informação, apesar do progresso que proporcionam à humanidade, como, por exemplo, nas áreas da educação e da medicina, revelam um cenário altamente perigoso para a preservação da privacidade das pessoas. E, diante dessa evidência, a comunidade internacional vem manifestando a sua preocupação em relação ao tema em alguns tratados sobre direitos humanos, assim como o Direito alemão por meio de seu Tribunal Constitucional.

Nessa esteira, verificou-se que o Brasil, em 1988, com a promulgação de sua atual Carta Política, se constituiu num Estado Democrático de Direito, fundamentado, dentre outros princípios, na cidadania e na dignidade da pessoa humana, e que reconhecia, naquela oportunidade, um extenso rol de direitos fundamentais com aplicabilidade imediata, que impunha ao Estado um dever de proteção de seus conteúdos em face de atos agressivos advindos dos agentes públicos ou dos próprios particulares.

E, dentre os direitos expressamente reconhecidos no texto constitucional, consta, no seu artigo 5º, X e XII, respectivamente, o direito à privacidade e à inviolabilidade do sigilo das comunicações e dos dados pessoais dos cidadãos, sem discriminar o ambiente ou o contexto dessa proteção.

Nessa trilha, em 2002, por força do seu dever de proteção aos direitos e garantias fundamentais, o legislador ordinário reformula o arcaico e anacrônico Código Civil, com vistas a adequá-lo ao novo cenário político e social brasileiro, sistematizando nos seus primeiros dispositivos os direitos da personalidade, dentre os quais, consta, no seu artigo 21, a inviolabilidade à vida privada da pessoa natural.

Após alguns anos, edita-se a Lei 12.965, de 2014, conhecida como o Marco Civil da Internet, que, em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado na Constituição, e aos direitos da personalidade, reconhecidos no Código Civil, regulamentou de forma específica e detalhada os direitos à privacidade das pessoas no ambiente virtual, ressaltando-se que a quebra do sigilo às suas informações só poderá se dar de forma excepcional quando o seu titular o utilizar como meio para a prática de atos ilícitos ofensivos aos direitos de outrem, e após autorização judicial.

E, por fim, diante da lacuna na regulamentação do tema especificamente no âmbito das relações de trabalho, sustentou-se que os limites do poder de direção do empregador frente ao direito fundamental à privacidade do empregado, especialmente no que toca às suas comunicações realizadas na internet durante o horário laboral, devem ser determinados à luz do princípio da boa-fé objetiva e do contido na Lei 12.965, de 2014. Nesses termos, diante da quebra de algum dos deveres anexos à boa-fé por parte do empregado no curso do contrato de trabalho, o empregador poderá, aí sim, mediante a comprovação, por exemplo, de sua deslealdade e improbidade, solicitar autorização judicial para acessar as informações pessoais pertinentes à comprovação do ilícito.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. Sociedade da Informação e Liberdade de Expressão. *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, Coimbra, v. 48, n. 1/2, p. 9-29, 2007.

BELMONTE, Alexandre Agra. *A Tutela das Liberdades nas Relações de Trabalho: Limites e reparação das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação do pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2013.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. *Constituição da República do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Instituiu o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 jul. 2016.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. *Lei 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/12965.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016.

CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade: Disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política. In: ____; CARDOSO, Gustavo (Orgs.). *Conferência promovida pelo Presidente da República*, de 4 a 5 de março de 2005, no Centro Cultural de Belém, 2005, p. 17-61.

ERICHSSEN, Hans-Uwe. A Eficácia dos Direitos Fundamentais na Lei Fundamental Alemã no Direito Privado. In: GRUNDMANN, Stefan et al. (Org.). *Direito privado, Constituição e fronteiras*. Encontros da Associação Luso-Alemã de Juristas no Brasil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

GÊNOVA, Leonardo de. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito do Trabalho. In: *Anais do XIV Encontro Preparatório para Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

GERMANO, Paulo. *Futuro à Vista: Aplicações práticas da realidade virtual vão muito além dos games e podem revolucionar áreas como a educação, medicina e turismo*. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/especiais-zh/proa/proa-realidade-virtual/>>. Acesso em: 05 jul. 2016.

GORCZEWSKI, Clovis. Democracia e Participação Política. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Orgs.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013. Tomo 13.

HAMELINK, Cees J. Direitos Humanos para a Sociedade de Informação. In: DE MELO, José Marques; SATHLER, Luciano (Orgs.). *Direitos à comunicação na Sociedade da Informação*. São Bernardo do Campo: UEMESP, 2005.

MACHADO, Raimar Rodrigues. O trabalho humano frente à ideia de liberdade. In: DA COSTA, Marli Marlene Moraes; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Orgs.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2012. v. 12, p. 204-280.

MELO, José Marques de; SATHLER, Luciano. Um breve glossário descritivo sobre comunicação e informação. In: DE MELO, José Marques; SATHLER, Luciano (Orgs.). *Direitos à comunicação na Sociedade da Informação*. São Bernardo do Campo: UESP, 2005.

MINOZZO, Paula. “A Internet brasileira está sob ataque”, diz Ronaldo Lemos, um dos criadores do Marco Civil brasileiro. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/vi-da-e-estilo/noticia/2016/05/a-internet-brasileira-esta-sob-ataque-dizronaldo-lemos-um-dos-criadores-do-marco-civil-brasileiro-5795277.html>>. Acesso em: 05 jul. 2016.

MOREIRA, Carlos André. *Não se deve contar com a privacidade na rede, diz o pesquisador Pierre Levy*. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2016/06/nao-se-deve-contar-com-a-privacidade-na-rede-diz-o-pesquisador-pierre-levy-6150649.html#>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. *Resolução n. 217 A (III)*. Declaração Universal dos Direitos Humanos – 1948. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declaração-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaração-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

_____. Assembleia Geral das Nações Unidas. *Resolução n. 2200 A (XXI)*. Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos – 1966. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global-Declaracoes-e-Tratados-Internacionais-de-Protecao/pacto-internacional-dos-direitos-civis-e-politicos.html>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

_____. Assembleia Geral das Nações Unidas. *Proclamação de Teerã – 1968*. Proclamada pela Conferência de Direitos Humanos em Teerã a 13 de maio de 1968. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Conferencias-de-Cúpula-das-Nações-Unidas-sobre-Direitos-Humanos/proclamacao-de-teera.html>>. Acesso em: 15 jul. 2016.

_____. Assembleia Geral das Nações Unidas. *Resolução n. 3.384 A (XXX)*. Declaração sobre o uso do progresso científico e tecnológico nos interesses da paz e em benefício da humanidade – 1975. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_16/IIIPAG3_16_3.htm>. Acesso em: 28 jun. 2016.

PETROVIC, Nathalie Boucher. A Educação popular às voltas com a Sociedade da Informação: potencialidades, riscos e particularidades. *Liinc em Revista*, v. 2, n.1, março 2006, p. 22-39. Disponível em: <<http://www.ibict.br/liinc>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Sociedade da Informação e Redes Sociais. *Juris*, Rio Grande, n. 14, p. 81-103, 2009.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.

RUARO, Regina Linden. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada na relação de emprego: o monitoramento do correio eletrônico pelo empregador. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas reflexões*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____; RODRIGUES, Daniel Piñeiro. O direito à proteção de dados pessoais na Sociedade de Informação. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 36, p. 178-199, jan./jun. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2012.

WACHOWICZ, Marcos; WINTER, Luis Alexandre Carta. Os Paradoxos da Sociedade Informacional e os Limites da Propriedade Intelectual. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XV, Manaus, *Anais...* 2009. p. 2.489-2.509.

É do conhecimento de todos que se não se superou e que há na atualidade um abrandamento da outrora consagrada dicotomia direito público *versus* direito privado. A inadequação deste modelo originado nos padrões oitocentistas do direito privado exige novas configurações, mormente a partir do constitucionalismo contemporâneo.

O Grupo de Pesquisa tem construído significativas reflexões nesta linha de mira nos últimos anos, sempre com tema de estudo pré-definido, e mantendo contatos com vários outros Grupos de Pesquisa da chamada “Constitucionalização do Direito Privado”, no Brasil e além-fronteiras.

Neste volume, os textos abordam variados temas, todos de significativa complexidade e atualidade, que vão do princípio da solidariedade à responsabilidade civil nesta sociedade de risco. Passam pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações interprivadas e pela propriedade como direito fundamental, até desaguar em assuntos como segurança no litoral norte gaúcho e possibilidade de alteração de nome e de gênero.