



Coletâneas Acadêmicas IV

Curso de **DIREITO**

ORGANIZADORES

DANIEL MACHADO GOMES

MARIA PAULINA GOMES

FACHA

2020

FACULDADES INTEGRADAS HÉLIO ALONSO CURSO DE DIREITO

Coletâneas Acadêmicas IV: Curso de Direito

DANIEL MACHADO GOMES
MARIA PAULINA GOMES
(ORGANIZADORES)

2020

FACHA

Rio de Janeiro



DIREÇÃO DA FACHA E OS SETORES DE APOIO ACADÊMICO

Direção Geral

Márcia Regina Alonso Pfisterer

Vice-direção

Andréia Alonso

Direção Acadêmica

Eduardo Espíndola Halpern

Coordenador de Jornalismo

Prof. Leandro Lacerda

Coordenadora de Publicidade e Propaganda

Prof^a. Renata Nogueira

Coordenador de Relações Públicas

Prof. Rafael Melo

Coordenador de Radialismo e Cinema

Prof. José Augusto Neto

Coordenadora de Direito

Prof^a. Carolina de Aquino Medici

Coordenador de Gestão Desportiva e de Lazer

Prof. Leandro Lacerda

Coordenadora dos Cursos de Administração e Marketing

Prof^a. Flávia Schwartz Maranhão

Coordenação de Pós-graduação

Prof. Márcio Christ

Coordenação do Núcleo de Iniciação Científica

Prof^a. Maria Paulina Gomes

Prof. Daniel Machado Gomes

Coordenação do Trabalho de Conclusão de Curso

Prof^a. Maria Paulina Gomes

FACHA EDITORA

Rua Muniz Barreto, 51- Botafogo Rio de Janeiro - RJ CEP 22251-090

CONSELHO EDITORIAL

Presidência:

Daniel Machado Gomes e Maria Paulina Gomes

Conselheiros:

Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte (TST, IESB, Brasília)

Desembargador Federal Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (TRF2., UERJ, Rio de Janeiro)

Dr. Carmelo Máximo Lullis (UNICATT, Milão)

Dr. Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues (UNIRIO, Rio de Janeiro)

Dr. Eduardo Neiva (UAB, Birmingham)

Dr. Ivan Lima Gomes (UFG, Goiás)

Dr. Klever Paulo Leal Filpo (UCP, Petrópolis)

Dr. Marco Aurélio Gumieri Valério (USP, São Paulo)

Dr.^a Mônica Rector (UNC, Carolina do Norte)

Dr. Nivaldo dos Santos (UFG, Goiás)

Dr. Paulo Velten (UFES, Vitória)

Juiz Federal. Silvio César Arouck Gemaque (TRF3, USCS, São Caetano do Sul)

Dr.^a Verônica Lagassi (IBMEC, Rio de Janeiro)

Coletâneas Acadêmicas: Curso de Direito

GOMES, Daniel Machado (Org.)

GOMES, Maria Paulina (Org.)

Janeiro de 2021

ISBN: 978-65-86370-08-9

Revisão: Maria Paulina Gomes

Editoração: André Cunha

Produção: Letícia Ramos

Todos os direitos reservados.

É proibida a reprodução deste livro com fins comerciais sem prévia autorização da Facha Editora.

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE Ficha elaborada pela Biblioteca Central Miguel Alonso/FACHA

C694

Coletâneas acadêmicas IV: curso de Direito/Daniel Machado Gomes,
Maria Paulina Gomes (organizadores).- Rio de Janeiro : Facha Ed.,
c2020.
168 p.

ISBN: 978-65-86370-08-9

1. Direito - Coletânea. I. Gomes, Daniel Machado. II. Gomes, Maria
Paulina. III. Título.

CDD: 340

SUMÁRIO

Apresentação	05
Direito À Memória, Lugares de Memória e Patrimônio Cultural <i>João Aurélio Luna Alsina e Daniel Machado Gomes</i>	07
O Poder Moderador e O Padroado na Constituição de 1824 <i>Anderson Souza de Farias e Daniel Machado Gomes</i>	19
Bloqueios do Whatsapp no Brasil: Uma Análise Fática e Jurídica <i>Sandoval Marinho da Costa e Eliana Pulcinelli</i>	30
Eco Tributação: Perspectivas da Proteção Ambiental por Incentivos Fiscais <i>Juliane Lopes da Silva e Eliana Pulcinelli</i>	51
A Má-Fé no Comportamento do Consumidor Contemporâneo <i>Kênia Morgana e Luciana Picanço</i>	78
Proteção ao Consumidor no Comércio Eletrônico <i>Flavia Soares de Menezes Castro e Luciana Picanço</i>	101
Água de Lastro: Do Direito Marítimo ao Ambiental <i>Thaís de Matos Jorge e Verônica Lagassi</i>	129
Direito ao Esquecimento na Internet: O conflito entre o direito à privacidade e o direito à informação <i>Paula Conceição Colonna e Marta Alonso</i>	143

APRESENTAÇÃO

Nos últimos anos, a publicação dos melhores trabalhos de conclusão de curso dos alunos de Direito passou a integrar as expectativas dos discentes cujos trabalhos alcançam as mais altas avaliações. Assim, dando continuidade às políticas de desenvolvimento da iniciação científica na FACHA, chega ao público o quarto volume de *Coletâneas Acadêmicas: Curso de Direito*. A análise prévia dos orientadores e das bancas assegura a qualidade dos textos aqui consignados e chancela a excelência do conteúdo deste e-book. A presente obra atesta, ainda, a diversidade das pesquisas em Direito desenvolvidas por professores e estudantes na FACHA, fato que reflete uma atmosfera de profunda liberdade acadêmica, de modo que o leitor encontrará neste volume trabalhos de diferentes ramos do direito, como, por exemplo, direito marítimo, ambiental, do consumidor e história do direito.

Sob a orientação de Daniel Machado Gomes, João Aurélio Luna Alsina apresenta *Direito À Memória, Lugares de Memória e Patrimônio Cultural*, uma análise sobre a proteção aos direitos humanos e do patrimônio cultural, a partir do artigo 216 da Constituição da República. O texto vincula lugares de memória com a preservação da identidade coletiva dos diversos grupos que compõem a sociedade, indicando que não existe memória espontânea e, por isso mesmo, é preciso que o Estado promova o ato de lembrar. Anderson Souza de Farias assina *O Poder Moderador e O Padroado na Constituição de 1824*, trabalho orientado por Daniel Machado Gomes, que mergulha na história constitucional do Brasil, investigando os meios pelos quais o Imperador exercia o poder civil e religioso. O estudo contrapõe os trabalhos da Assembleia Constituinte de 1823 à Carta de 1824 e aponta a contradição da presença de aspectos liberais em meio a uma Carta outorgada.

Bloqueios do Whatsapp no Brasil: Uma Análise Fática e Jurídica é o título do trabalho de Sandoval Marinho da Costa, que foi orientado por Eliana Pulcinelli. O texto descreve decisões judiciais de bloqueio do aplicativo de mensagens, apresentando a autoridade responsável pela ordem, o contexto e os fundamentos jurídicos da decisão. O autor traz argumentos favoráveis e contrários à luz da doutrina, do Marco Civil da Internet e da Constituição Federal de 1988, aprofundando o debate de constitucionalidade contido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 403, e também na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5527. Também com orientação de Eliana Pulcinelli, Juliane Lopes da Silva apresenta *Eco Tributação: Perspectivas da Proteção Ambiental por Incentivos Fiscais*, artigo que aborda a proteção do meio ambiente através da interseção do Direito Ambiental e do Direito Tributário. Trata-se de uma pesquisa acerca da extrafiscalidade, que enfoca na análise dos princípios ambientais contidos no art. 225, da Constituição de 1988. O texto demonstra que o Direito Ambiental Tributário intercede nas práticas ambientais como instrumento regulatório, através dos tributos que atuam por meio dos incentivos para a preservação e para o desestímulo a comportamentos nocivos.

Orientada por Luciana Picanço, Kênia Morgana é autora do artigo intitulado *A Má-Fé no Comportamento do Consumidor Contemporâneo*. Trata-se de estudo que busca analisar, conscientizar e apontar as mudanças ocorridas nas relações de consumo, trazendo questionamentos sobre a estrutura e aplicação da principal lei que rege esta relação, provocando debates e apontando como a era digital impacta diretamente o ordenamento jurídico e o estudo do Direito. Também com a orientação de Luciana Picanço, Flavia Soares de Menezes Castro apresenta *Proteção ao Consumidor no Comércio Eletrônico*, um texto sobre esta forma de comércio que vem crescendo cada vez mais no Brasil. O trabalho indica que, apesar de o Código de Defesa do Consumidor ser abrangente na proteção do consumidor virtual, existe a necessidade de regulamentação específica sobre a matéria. O texto traz ainda os resultados de uma pesquisa de campo com dados referentes ao comportamento e conhecimento do consumidor voltado para as compras online.

Água de Lastro: Do Direito Marítimo ao Ambiental é o título da contribuição de Thaís de Matos Jorge, que foi orientada por Verônica Lagassi. O trabalho versa sobre um dos procedimentos mais importantes e comuns na atividade marítima, não só para a navegabilidade e para segurança operacional das embarcações, mas também para preservação e redução de riscos ambientais inerentes à atividade: o gerenciamento e o controle da água de lastro. O texto debate a importância da água de lastro para as operações dos navios marítimos de carga e as consequências ambientais que esta prática ocasiona, sob os aspectos jurídicos e econômicos. O artigo aborda também o regime jurídico em que se enquadra a bioinvasão de espécies exóticas e patogênicas e a responsabilidade que envolve a atividade marítima. Por fim, com a orientação de Marta Alonso, Paula Conceição Colonna integra a publicação com o texto *Direito ao Esquecimento na Internet: O conflito entre o direito à privacidade e o direito à informação*. O artigo conceitua direito ao esquecimento e analisa sua aplicabilidade, principalmente no âmbito da internet, bem como as possíveis soluções referentes aos conflitos de direitos fundamentais individuais. O texto apresenta, ainda, uma linha do tempo desde o surgimento dos direitos sociais e individuais até o reconhecimento do direito ao esquecimento.

Evidencia-se, portanto, que as páginas a seguir conduzirão o leitor a debates jurídicos importantes sobre desafios que surgem na sociedade atual, seja enfocando novos direitos, seja trazendo perspectivas inovadoras sobre antigas questões. Com isso, reafirma-se o compromisso da FACHA com a inovação e o desenvolvimento científico, metas que integram a exitosa trajetória do Curso de Direito. Por todo exposto, esperamos que os trabalhos aqui reunidos frutifiquem em novos estudos, servindo como elo na cadeia do conhecimento. Boa leitura!

Daniel Machado Gomes

DIREITO À MEMÓRIA, LUGARES DE MEMÓRIA E PATRIMÔNIO CULTURAL

João Aurélio Luna Alsina
prof. Orientador Daniel Machado Gomes

RESUMO

A presente pesquisa trata dos lugares de memória no âmbito da proteção aos direitos humanos e do patrimônio cultural previsto pelo artigo 216 da Constituição da República. Assim, o texto tem por objetivo conceituar direito à memória e lugar de memória, vinculando-os e ressaltando a importância de ambos para a preservação da identidade coletiva dos diversos grupos que compõem a sociedade. Além disso, o artigo busca discorrer sobre a legislação pertinente ao tema e elencar os meios jurídicos de tutela da memória coletiva existentes na mesma, tais como o inventário e o tombamento. Para tanto, será empregada a metodologia de pesquisa de revisão bibliográfica em livros e artigos de periódicos, tendo como referencial teórico as ideias dos pensadores franceses Pierre Nora e Maurice Halbwachs. Como resultado foi percebido que a tutela dos lugares de memória é um meio de resgate à memória de vítimas de infrações aos direitos humanos, bem como de preservar a identidade de um povo, encontrando proteção na Constituição de 1988. Conclui-se, por fim, que os lugares de memória nascem e vivem do sentimento que não existe memória espontânea, de que é preciso lembrar, sendo dever do Estado promover a memória coletiva em colaboração com a comunidade.

Palavras-chave: direito à memória. Lugares de Memória. Memória coletiva. Patrimônio cultural. Identidade coletiva.

1 INTRODUÇÃO

O ser humano é um ser social por natureza. Nossa capacidade de viver em sociedade, de cooperar uns com os outros e de por vezes subordinar nossos interesses pessoais às necessidades do grupo, são características primitivas que viabilizaram a sobrevivência, a perpetuação e o domínio de nossa espécie.

Destarte, é inerente ao ser humano comunicar-se e construir relações em meio à coletividade, constituindo vínculos, estabelecendo símbolos e rituais que construam a percepção de pertencimento ao grupo social, cunhando, assim, uma identidade coletiva.

Pelo reconhecimento da relevância deste fenômeno é que se pretende no presente trabalho analisar, sob o esteio dos conceitos da memória coletiva e do lugar de memória, a importância da salvaguarda do direito à memória e do patrimônio cultural para a sociedade e para o indivíduo em meio à comunidade.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, consolidou-se, de maneira integral, a obrigação do Estado em participar da proteção desses direitos em cooperação com a comunidade, para efetivar a preservação da memória dos diversos grupos que compõem a sociedade, não obstante o país ter firmado compromisso com essa matéria por meio dos tratados internacionais.

No decorrer deste artigo, serão apresentados os meios para a efetivação desses direitos, albergados na Carta Magna e demais legislação em vigor, ressaltando a necessidade da implementação de políticas afirmativas pelo Estado para o aperfeiçoamento da proteção da memória coletiva, sobretudo em virtude da enorme diferença econômico/social existente no país, que acaba por subjugar ainda mais grupos minoritários em meio ao processo de massificação cultural.

Ainda, propõe-se a analisar os dispositivos constitucionais que guardam estes direitos, do IPHAN e das ferramentas utilizadas para viabilizar esta proteção, tais quais, inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, bem como os demais meios de tutela.

Para tanto, foram empregados os métodos de revisão bibliográfica em artigos e obras clássicas sobre o tema, com enfoque no referencial teórico nos filósofos franceses Maurice Halbwachs e Pierre Nora, idealizadores, respectivamente, dos conceitos de memória coletiva e lugares de memória, destacando a importância do seu reconhecimento enquanto patrimônio cultural.

2 LUGAR DE MEMÓRIA: MEMÓRIA, HISTÓRIA E SOCIEDADE

Não é a consciência dos homens que determina o seu ser, mas, ao contrário, é o seu ser social que determina a sua consciência (MARX, 1859, p. 3). Assim já expunha Marx, a despeito de sua crítica ao economicismo, no tocante à relação entre o ser humano e a sociedade à qual pertence, e a influência indissociável desta sobre o indivíduo.

O desenvolvimento do indivíduo está estreitamente ligado à sua experiência social perante o grupo. A construção coletiva é tão forte ao ponto de influenciar o indivíduo em sua maneira de pensar e agir, sendo fator determinante na formação de sua consciência. Somos o resultado de nossas vivências em meio à coletividade.

Sobre essa influência, Émile Durkheim, ao estudar os fenômenos sociais, concluiu que o homem é um produto da sociedade, frente aos fatos sociais que exercem sobre ele um poder de coerção, difuso e dotado de generalidade – por afetar a todos os membros do grupo social –, responsáveis por cunhar normas sociais e costumes (DURKHEIM, 2007, p. 9 e 10).

As normas e costumes expressam, por efeito, a identidade de um povo, consubstanciada pela existência de ritos comuns, referenciais e práticas sociais dotadas de simbolismo, cultos coletivos, em suma, tudo aquilo que o diferencia e atribui personalidade.

Tem-se, portanto, que o indivíduo está intrinsecamente ligado ao grupo social ao qual pertence, sendo a construção coletiva de identidade o seu referencial, onde encontra amparo moral.

A identidade coletiva se perfaz por meio do campo memorial. A existência de uma memória coletiva, viva, é justamente o que permite essa associação entre os indivíduos, consolidando vínculos e perpetuando uma conexão coletiva.

A memória de um ser não é formada apenas por experiências pessoais, por fatos testemunhados individualmente que os tenha marcado. Estes acontecimentos às vezes sequer têm força para permanecer enquanto lembranças com o passar do tempo. A memória dos indivíduos se consolida como tal, quase sempre, apoiando-se nos depoimentos de outras pessoas, que ajudam a construir um retrato sólido do passado ao qual pertencem.

Maurice Halbwachs, filósofo francês, em sua clássica obra póstuma, *A memória coletiva*, elaborou um estudo sob o qual evidencia que a memória não se basta em lembranças individuais, sendo um resultado da interação do indivíduo com a coletividade, no convívio com o grupo ao qual pertence. A respeito deste fenômeno, expõe Maurice:

Assim, para confirmar ou recordar uma lembrança, as testemunhas, no sentido comum do termo, isto é, indivíduos presentes sob uma forma material e sensível, não são necessárias. Elas não seriam, todavia, suficientes. Acontece, com efeito, que uma ou várias pessoas, reunindo suas lembranças, possam descrever muito exatamente os fatos ou os objetos que vimos ao mesmo tempo que elas, e mesmo reconstruir toda sequência de nossos atos e de nossas palavras dentro das circunstâncias definidas, sem que nos lembrássemos de tudo aquilo. (HALBWACHS, 1968, p. 27)

Isto ocorre porque nossa memória é uma colagem de lembranças que sobrevivem coletivas, pois somos lembrados pelos nossos iguais, pelo grupo ao qual pertencemos, sendo, ainda, influenciados por nossas referências intelectuais e pela nossa vivência afetiva.

Nossas lembranças permanecem coletivas, e elas nos são lembradas pelos outros, mesmo que se trate de acontecimentos nos quais só nós estivemos envolvidos, e com objetos que só nós vimos. É porque, em realidade, nunca estamos sós. Não é necessário que outros homens estejam lá, que se distingam materialmente de nós: porque temos sempre conosco e em nós uma quantidade de pessoas que não se confundem. (HALBWACHS, 1968, p. 26)

Portanto, nossa construção memorial se superpõe, superando meras experiências fáticas momentâneas ou o testemunho particular de um acontecimento inicialmente impactante; nossa memória é afetada por tudo aquilo que vivenciamos e que em meio as nossas interações sociais nos é realçado.

Um evento relevante vivido por um grupo de pessoas cunha lembranças individualmente, entretanto, é o fato de cada uma dessas pessoas relembrar e compartilhar, umas às outras, suas recordações pessoais sobre o ocorrido, que promovem a confecção da memória dessas pessoas

sobre tal episódio, sendo esta, uma construção genuinamente coletiva. É a riqueza de detalhes atribuída a esta interação que pereniza o passado destes indivíduos, constituindo, assim, uma memória coletiva.

Ainda, há que se fazer distinção entre memória e história, posto que uma não pode ser confundida com a outra. A memória, ao mesmo tempo que se denota por montar o passado, pertence ao presente. Já a história, é uma adaptação do passado. A memória é espontânea, permeando como um elo entre o passado e o presente; dinâmica e atual, é cultuada e vivenciada no dia a dia. A história é imutável.

A respeito dessa distinção, Nora, assim descreveu:

A memória é a vida, sempre carregada por grupos vivos e, nesse sentido, ela está em permanente evolução, aberta à dialética da lembrança e do esquecimento, inconsciente de suas deformações sucessivas, vulnerável a todos os usos e manipulações, susceptível de longas latências e de repentinas revitalizações. A história é a construção sempre problemática e incompleta do que não existe mais. A memória é um fenômeno sempre atual, um elo vivo no eterno presente; a história, uma representação do passado. (...) [A memória] é, por natureza, múltipla e desacelerada, coletiva, plural e individualizada. A história, ao contrário, pertence a todos e a ninguém, o que lhe dá uma vocação para o universal. (NORA, 1993, p. 9)

Para que não se imobilize no passado, se perfazendo em história, a memória carece do exercício contínuo da lembrança para que se perpetue no tempo. É necessário que os membros da comunidade cultivem suas práticas culturais, seus rituais, protejam seus monumentos, mantenham registros, pois preservando os lugares de memória se efetiva a conservação da memória coletiva de um povo.

Diante dessa demanda, o filósofo francês Pierre Nora, cunhou o conceito do lugar de memória, referência material carregada de simbolismo, por meio do qual se viabiliza exercício memorial de um grupo, efetivando, assim, a preservação da memória coletiva.

A respeito dos lugares de memória, assim descreveu Nora:

Os lugares [de memória], com efeito nos três sentidos da palavra, material simbólico e funcional, ocorrem simultaneamente, somente em graus diversos. Mesmo um lugar puramente funcional como um manual de aula, um testamento, uma associação de antigos combatentes, só entra na categoria se for objeto de um ritual. Mesmo um minuto de silêncio, que parece o exemplo de uma significação simbólica, é ao mesmo tempo o recorte material de uma unidade temporal e serve, periodicamente para uma chamada concentrada da lembrança. Os três aspectos coexistem sempre. (...) É material por seu conteúdo demográfico; funcional por hipótese, pois garante, ao mesmo tempo, a cristalização da lembrança e sua transmissão; mas simbólico por definição visto que [se] caracteriza por um acontecimento ou experiência. (NORA, 1993, p. 21 e 22)

A relevância simbólica de um potencial lugar de memória é determinada pela vontade de lembrar inerente ao grupo que se relaciona. Pode a comunidade ter vivido diretamente ou não determinada experiência, importando apenas a valor que se dá ao objeto de lembrança, o revestindo de vocação à memória.

A exemplo, pode-se mencionar como lugar de memória o Cais do Valongo, único vestígio material da chegada dos africanos escravizados nas américas, localizado na região portuária do Rio de Janeiro, ou o Largo da Candelária, local onde ocorreu um crime bárbaro, que chocou o país, conhecido como a chacina da candelária. Dezenas de jovens em situação de rua que lá dormiam foram alvejados por milicianos que passavam de carro. Oito jovens foram assassinados. Uma cruz de madeira com o nome das vítimas foi erguida no jardim do Largo em homenagem às vítimas.

Estes são exemplos de lugares de memória, ambos dotados de enorme evocação dada a relevância e simbolismo, e que conservam a memória de grupos da sociedade.

A proteção dos lugares de memória é fundamental para a preservação da memória coletiva dos diversos grupos que compõem a sociedade. Embora viva, exercitada e transmitida espontaneamente, em gestos e hábitos da comunidade, a memória coletiva carece de sentinela.

Nesta toada, segundo Pierre Nora (1993, p.13), os lugares de memória nascem e vivem do sentimento que não há memória espontânea, que é preciso criar arquivos, que é preciso manter aniversários, organizar celebrações, pronunciar elogios fúnebres, notariar atas, porque estas operações não são naturais.

Diante disso, é patente o direito dos grupos sociais em conservar sua memória coletiva, rigorosamente guardados na Constituição. O direito à memória vincula-se à preservação da memória coletiva dos diversos grupos que compõem a sociedade, e se aperfeiçoa na proteção do patrimônio cultural, que encontra o devido respaldo legal.

3 DIREITO À MEMÓRIA, PATRIMÔNIO CULTURAL E A TUTELA CONSTITUCIONAL

O direito à memória, sobrevivendo dos direitos fundamentais de segunda geração, para aperfeiçoar-se, depende de intervenção do Estado como agente garantidor da igualdade e dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Em virtude da importância dessa temática, o constituinte conservou na seção II – da cultura – capítulo III, a salvaguarda do direito à memória e a proteção do patrimônio cultural, instituto constitucional que reproduz o objeto de tutela do referido direito e da memória coletiva.

Inicialmente, o artigo 215, que abre o tema na Carta, trata da memória coletiva dos diversos grupos que compõem a sociedade, abordando sobre a cultura em aspecto mais amplo, garante a todos, e coletivamente, o livre exercício dos direitos culturais e a sua democratização, comprometendo-se o Estado, a apoiar e incentivar as diversas manifestações culturais.¹

A respeito dessa tutela, na vanguarda dos órgãos internacionais, fixamos a proteção da diversidade cultural antes mesmo de nos tornarmos signatários da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural da UNESCO (2002).

Não obstante a abordagem *lato sensu* característica da nossa Constituição, observa-se a importância do dispositivo para os direitos defendidos no presente artigo, uma vez que o Estado propõe a salvaguarda da diversidade cultural e das manifestações culturais dos diversos grupos que compõem a sociedade. Dessa forma, têm-se protegidas as práticas culturais e rituais da comunidade, importantes para a manutenção da memória coletiva.

A proteção e difusão cultural dos grupos minoritários, ressalvadas constitucionalmente, são fundamentais para o combate à massificação cultural sofrida por estes grupos. Há uma tendência, sobretudo com o advento da globalização, de grupos sociais majoritários, em virtude de seu domínio, acabarem por impor sua cultura a grupos minoritários, suprimindo sua identidade.

No momento em que os conteúdos simbólicos da cultura local passam a ser assimilados pela cultura massiva e pela cultura globalizada, também – e por consequência - a memória social passa a ser determinada pelos veículos de comunicação de massa e, de outra forma, pelos novos meios que surgiram com o advento da tecnologia (SAID, 1999).

Dessa forma, faz-se importante a implementação de políticas afirmativas do Estado a fim de coibir tal domínio por meio do fomento cultural diversificado, dando espaço a todos os grupos sociais, bem como os incentivando a perpetuar os rituais e costumes da comunidade, conservando a memória coletiva local.

Em 2005, por meio da Emenda Constitucional nº 48, se instituiu o Plano Nacional de Cultura, inserido no § 3º, do artigo 215. Este, tinha por objetivo ser o principal ato impulsionador da efetiva participação do Estado no emprego dos insertos na seção II da Constituição.

1 Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

I - defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; II - produção, promoção e difusão de bens culturais;

III - formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; IV - democratização do acesso aos bens de cultura;

V - valorização da diversidade étnica e regional.

O PNC levou 5 anos para ser elaborado, sendo realizados debates e conferências públicas a respeito do tema, a fim de aperfeiçoá-lo, e em 2010, por meio da Lei nº 12.343, o plano foi aprovado. Sua aplicação reúne um conjunto de 53 metas a serem cumpridas num prazo de 10 anos.

Para facilitar o monitoramento e avaliação periódica do alcance e eficácia do plano, foi criado o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais (SNIIC), ferramenta disponível a todos os cidadãos e vinculada ao Sistema Nacional de Cultura, órgão de promoção da cultura nacional norteadado pelo PNC, cujas diretrizes encontram-se elencadas no artigo 216-A, da Constituição Federal.

O plano é histórico enquanto ação afirmativa do Estado para reduzir desigualdades e democratizar a cultura no país, além da implementação de políticas públicas de infraestrutura e incentivo à prática cultural, por meio de recursos advindos do Fundo Nacional de Cultura.

Ocorre que a beleza de tal iniciativa não foi traduzida em resultados. Em contramão, os resultados são desastrosos. Ao acompanharmos os números através da atualização dos dados publicados, notamos que não foram alcançados nem 10% das metas e objetivos projetados, e em alguns casos, houve até retrocesso. Ao completar 8 anos o plano foi abandonado pelo governo Temer diante do fracasso ocorrido e da crise econômica. Infelizmente a má gestão pública e a crise financeira, têm sido os maiores rivais da agenda da cultura, assim como nos demais setores.

De maneira mais descritiva, por meio do artigo 216 o legislador constituinte definiu o objeto de tutela do direito à memória, o patrimônio cultural. Por meio desse instituto perfaz-se a proteção dos lugares de memória, como meio de tutela da memória coletiva.²

Ao analisarmos o *caput*, observamos que o mesmo descreve patrimônio cultural como, bens de natureza material e imaterial que, diante de notável relevância, possuem vocação à memória dos grupos que compõem a sociedade brasileira.

2 Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

- as formas de expressão;
 - os modos de criar, fazer e viver;
 - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
 - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
 - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.
- § 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.
- § 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.
- § 3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais.
- § 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.
- § 5º Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.
- § 6º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a fundo estadual de fomento à cultura até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, para o financiamento de programas e projetos culturais, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de:
- I - despesas com pessoal e encargos sociais; II - serviço da dívida;
 - III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiadas.

Bens materiais são aqueles que possuem existência física, são tangíveis, como edificações, obras e documentos, museus, igrejas, sítios arqueológicos. Já os bens imateriais, são aquelas intangíveis, que são transmitidos consuetudinariamente, através dos saberes de um ofício popular ou apenas absorvidos empiricamente. São a herança cultural de um povo.

Nos incisos pertinentes ao artigo, o legislador procurou elencar objetivamente os patrimônios culturais, à luz dos fatos estudados à época. Ocorre que os objetos de tutela elencados não abarcam plenamente todos os bens possíveis, e passíveis de proteção nos termos do *caput*, importando em um rol exemplificativo.

O que determina um bem ser passível de tutela do direito à memória é justamente sua aptidão à lembrança, expressa pela comunidade. Não há proteção sem a postulação da comunidade. Devem os membros da comunidade interagir, sentir e vivenciar o lugar de memória, efetivando sua vocação à memória, viabilizando a pretensão cautelar.

No discorrer dos parágrafos do artigo 216, o legislador reforça a necessidade da participação da comunidade para a efetivação dessa proteção, destaca, ainda, meios e ferramentas a serem utilizados para este fim e institui a punição aos violadores do patrimônio cultural.

Importante destacar o amparo dado pelo legislador aos povos originários de nossa sociedade, como os indígenas e quilombolas. São tombados, constitucionalmente (§ 5º, art. 216, CF), os documentos e reminiscências históricas dos antigos quilombos, bem como integralmente protegidos os povos indígenas, assim como sua memória e cultura (art. 231, CF).

4 IPHAN E A TUTELA DO PATRIMÔNIO CULTURAL

O Brasil sempre se mostrou, mesmo que de maneira incidental, interessado na tutela do direito à memória. Ao pactuar em tratados internacionais como, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1969 - Pacto de San José da Costa Rica), reconheceu a importância desses direitos, os elevando, sobretudo, ao *status* constitucional. Em 2004, por meio da Emenda Constitucional nº 45, a equivalência desses tratados aos princípios e regras constitucionais foi confirmada.

Sobre os direitos culturais, as constituições de 1946 e 1967, apenas citavam de maneira pouco específica, *ipsis litteris*, que “o amparo à cultura é dever do Estado”, respectivamente nos artigos 174 e 172 das antigas cartas magnas.

As leis internas pretéritas à Constituição de 1988, absorvidas pela legislação vigente, que versam sobre a proteção dos direitos culturais, e todos os direitos derivados destes por consequência, são poucas. Das leis infraconstitucionais, as mais conhecidas e relevantes são: a Lei do Tombamento (Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937), que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional; a Lei da Arqueologia (Lei nº 3.924, de 16 de julho de 1961), que dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos; e não

menos importante para o tema, e precursora, a Lei nº 378, de 13 de janeiro de 1937 (organiza o Ministério da Educação e Saúde pública do governo de Getúlio Vargas), que institui em seu artigo 46, a criação do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN).

Com grande mérito do Ministro Gustavo Capanema, que hoje dá nome ao palacete sede do Ministério da Cultura no Rio de Janeiro, o primeiro passo para a proteção do patrimônio cultural foi dado com a criação do IPHAN. Em sua exposição de motivos para a criação do instituto, o então ministro expressou sua satisfação, posto que até aquele momento nada havia sido feito de orgânico e sistemático para a proteção do patrimônio cultural. O que existia até então, eram apenas esforços individuais de patriotas e homens públicos que não possuíam o remédio adequado e necessário para a real preservação do bem cultural, e que apenas evitavam pontualmente danos irreparáveis à cultura nacional (CAPANEMA, 1937).

O instituto é, até hoje, a autarquia federal responsável pela preservação do patrimônio cultural brasileiro, vinculada ao Ministério da Cidadania – que absorveu a agenda do antigo Ministério da Cultura. O IPHAN também responde pela conservação dos bens culturais brasileiros inscritos na Lista do Patrimônio Mundial (1972) e na Lista

do Patrimônio Cultural Imaterial da Humanidade (2003), criadas em convenções internacionais da UNESCO visando a proteção dos bens listados.

Além de utilizar a lei de tombamento, o IPHAN faz uso de outras ferramentas, quais sejam a desapropriação, registros e vigilância, podendo, eventualmente, valer-se de outras formas de acautelamento e preservação. Por meio de suas Portarias, ministra o uso dessas ferramentas para efetivar a tutela do patrimônio cultural.

A exemplo da criação da Lista do Patrimônio Cultural Ferroviário (No. 407/2010), que visa valorizar o patrimônio cultural ferroviário, e da Chancela da Paisagem Cultural (No. 127/2009), que tem por objetivo, nas palavras do instituto, preservar como sítio de importância cultural “porções peculiares do território nacional, representativas do processo de interação do homem com o meio natural, ao qual a vida e a ciência humana imprimiram marcas ou atribuíram valores” (IPHAN, 2018).

No campo da proteção do patrimônio cultural imaterial, o IPHAN se utiliza principalmente do inventário como instrumento de salvaguarda para controlar e preservar os devidos bens. Por meio de recomendações cunhadas na Carta de Fortaleza, documento desenvolvido durante o Seminário Internacional do Patrimônio Imaterial (1997), foi instituída a criação de um registro que absorvesse, em forma de inventário, todos os bens culturais em âmbito nacional. Este seminário objetivou a elaboração de diretrizes e a criação de instrumentos que visam a identificação, proteção, promoção e fomento de bens portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos que integram a sociedade brasileira (CARTA DE FORTALEZA, 1997).

Atendendo às recomendações do documento, no ano seguinte, foi criado o Grupo de Trabalho do Patrimônio Imaterial (GTPI) que desenvolveu estudo e apresentou proposta lograda no

Decreto N° 3.551/00, sancionado pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, criando o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial (PNPI) e o Registro dos bens culturais de natureza imaterial. Tais ações, encontram-se cadastradas no Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais - SNIIC, banco de dados referencial e estratégico para a implementação de políticas de proteção dos direitos culturais brasileiros.

A despeito da interpretação *lato sensu* que se tem com a leitura do artigo 5° – onde se encontra garantida a liberdade de manifestar-se culturalmente (IV, IX, XIII, XVII, XVIII e XX) e de agir em defesa dos direitos culturais (XIV, XXI, XXXIII, b, LXX, b e LXXIII) – internamente, a tutela dos direitos culturais, sobretudo do direito à memória, é de fato matéria nova, sendo tratada com a devida importância com o advento da Constituição Federal de 1988, por meio dos artigos 215 e 216.

Dessa forma, tem-se muito a evoluir nesse ramo do direito tão importante. O direito à memória surge de uma necessidade existencial e manifesta. Não obstante a existência de políticas públicas, apenas com o esforço popular e o apoio da comunidade a memória coletiva será preservada, perfazendo-se no tempo e interligando gerações. Um povo sem suas memórias é um povo sem identidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do presente artigo, verifica-se a enorme relevância da tutela do direito à memória, uma vez que a identidade de um povo é confeccionada através de suas memórias.

A experiência memorial dos indivíduos em meio à coletividade tem o condão de nortear suas escolhas, pensamentos e ações, mesmo que inconscientemente. Seus hábitos e costumes, compartilhados em meio ao grupo ao qual pertencem, os diferem e humanizam. Mesmo a construção moral dos indivíduos possui esteio na memória coletiva de seu grupo social.

Neste sentido, a preservação da memória coletiva como meio de guardar a identidade de uma comunidade é vital, além de atuar como um importante mecanismo de resgate de grupos sociais marginalizados e vítimas de infrações aos direitos humanos.

Como objeto de tutela do direito à memória, o lugar de memória atua como um vetor, evocando a memória coletiva, carecendo igualmente, portanto, de resguardo.

Tal proteção é garantida pelo Estado constitucionalmente, com fundamento nos artigos 215 e 216 da Carta Magna.

Conforme constatado, a Constituição Federal abraça os direitos aqui explorados, concedendo meios precisos para a efetivação dessa proteção, instituindo o Sistema Nacional de Cultura, o Plano Nacional de Cultura, e associando instrumentos como inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, com o fim de consumir a defesa desses direitos.

Não obstante a existência desses meios, é extremamente importante que as comunidades permaneçam ativas e interessadas na preservação de sua memória. Sem esse cuidado se torna inviável a manutenção de suas raízes culturais.

O Estado tem a obrigação de encontrar-se disponível para ajudar na guarda desses direitos, possuindo, sobretudo, o dever de incentivar a cultura dos diversos grupos que compõem a sociedade e trabalhar em prol dessa diversidade, buscando democratizar a cultura por meio de políticas afirmativas de Estado.

Infelizmente, a má gestão pública, a crise econômica e a corrupção surgem como fatores prejudiciais, exaurindo recursos públicos que estariam disponíveis no auxílio dessa tarefa, por vezes hercúlea, como no caso do fracassado PNC.

Vivemos em um país onde tronou-se corriqueira a deflagração de escândalos de corrupção, onde governantes, em detrimento dos interesses sociais, utilizam-se de recursos públicos em benefício de interesses particulares. É muito comum presenciarmos episódios de favorecimento à construção civil e à especulação imobiliária, em prejuízo da salvaguarda do patrimônio cultural, como no caso da obra do estádio Maracanã – cuja cobertura fora destombada – e das obras da região portuária do Rio de Janeiro – por claro favorecimento à especulação imobiliária.

Assim, a população tem papel fundamental para a efetivação desses direitos, devendo ser vigilante e exigente, postulando sempre em favor da comunidade. Somente seus membros são capazes de conectar-se com os lugares de memória, posto que essa identificação é o que lhes conserva a identidade.

Por fim, conclui-se ser indispensável à memória o exercício contínuo da lembrança para que se perpetue no tempo. Com o auxílio do Estado em seu dever jurídico de preservar, é necessário que os membros da comunidade cultivem suas práticas culturais, seus rituais, protejam seus monumentos, mantenham registros, pois preservando estes lugares de memória se efetiva a conservação da memória coletiva de seu povo.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm 16 de novembro de 2019.
- BRASIL. Decreto Nº 3.551 de 4 de agosto de 2000. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial. Disponível em:
[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3551.htm?TSPD_101_R0=ba9bc646e88f76a011c142a-23eb2e59fa2w00000000000000002f9fdab3ffff0000000000000000000000000000000005ad4d4d600cb1a00cd](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3551.htm?TSPD_101_R0=ba9bc646e88f76a011c142a-23eb2e59fa2w00000000000000002f9fdab3ffff00000000000000000000000005ad4d4d600cb1a00cd) 16 de novembro de 2019.
- CAPANEMA, Gustavo. Anexo VIII da Lei nº 378 de 13 de janeiro de 1937. Dá nova organização ao Ministério da Educação e Saúde Pública. Primeiro governo de Getúlio Vargas. Disponível em:
http://portal.iphan.gov.br/uploads/legislacao/Lei_n_378_de_13_de_janeiro_de_1937.pdf 16 de novembro de 2019.
- DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 3. ed., 2007.
- HALBWACHS, Maurice. **A memória coletiva**. 1968. Tradução de Laurent Léon Shaffter. Edições Vértice. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2. ed., 1990.
- IPHAN. O Iphan. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/872> 16 de novembro de 2019.
- IPHAN. Instrumentos de proteção. Disponível em:
<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/275> . Acesso em 16 de novembro de 2019.
- . IPHAN. Instrumentos de salvaguarda. Disponível em:
<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/418> Acesso em 16 de novembro de 2019.
- MARX, Karl. Contribuição para a Crítica da Economia Política. Berlin, 1859. Fonte: The Marxists Internet Archive. Disponível em:
http://www.histedbr.fe.unicamp.br/acer_fontes/acer_marx/tme_15.pdf 16 de novembro de 2019.
- NORA, Pierre. Entre história e memória: a problemática dos lugares. **Revista Projeto História**. Tradução de Yara Aun Khoury. São Paulo, v. 10, 1993.
- PAZZINI, Bianca e SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. O Direito à Memória e à Identidade no Brasil: Perspectiva de Efetivação da Preservação do Patrimônio Cultural. **RIDB**, Ano 3, nº 6, 1994.
- SAID, Gustavo Fortes. *Os Mediadores Culturais e a Globalização: proposta para análise de discurso do jornalismo piauiense*, 1999. Disponível em:
<http://www.portcom.intercom.org.br/pdfs/2881471eb8aafef837abfa73c8a90c64.PDF> 16 de novembro de 2019.

O PODER MODERADOR E O PADROADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1824

Anderson Souza de Farias
Prof. Orientador: Daniel Machado Gomes

RESUMO

Segundo o historiador e escritor francês, Alexis de Tocqueville, “Quando o passado não ilumina o futuro, o espírito vive em trevas.” É a partir deste entendimento que surgiu o presente projeto, adentrando nas minúcias do início da história constitucional do Brasil, por meio do estudo sobre a primeira Carta Magna brasileira, outorgada em 1824, no período imperial, pela ótica dos institutos do Poder Moderador e do Padroado, meios encontrados pelo Imperador para exercer poder político e civil sobre o Império. O estudo fundamenta-se sobre análise dos institutos do Poder Moderador e do Padroado, perpassando pela leitura do que ocorreu na assembleia constituinte de 1823, posteriormente na outorga da Carta de 1824. Tais transformações ocorreram em meio a mudanças do Brasil Colônia em um Império brasileiro, possuindo grande influência do poder moderador, exercido primeiramente por D.Pedro I, em seguida por seu filho D.Pedro II. O início da história constitucional passou por um misto: da experimentação do poder exercido pelo detentor do Poder Moderador em contraponto aos ideais liberais da época, que vinham influenciando fortemente o desenvolvimento da Carta de 1824. Dentre os temas que circundavam os ideais liberais estavam a evolução do caráter político e social, muito do que vinha a ser extraído do levante popular da Revolução Francesa (1789), como exemplo, foi adotado na Constituição de 1824, mais precisamente no título 8º da Carta Magna, o seguinte tema: “*Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros.*”, trazendo inovações sobre garantias sociais à população do Império. Para a análise da Constituição Política do Império do Brasil de 1824, será apreciada a literatura de trabalhos acadêmicos correlacionados à matéria em estudo e artigos científicos, além de conteúdo bibliográfico correlato à constituição brasileira de 1824. Ao abordar o tema, pretende-se demonstrar os aspectos liberais em meio a uma Carta outorgada sobre a figura centralizadora do poder moderador, que gozava fortemente de apoio da igreja Católica por meio do padroado. Com a análise dos eventos e documentos históricos, pretende-se, ao fim deste estudo, provocar o leitor a fazer reflexões sobre a história constitucional brasileira, suas contradições e seus êxitos na outorga da Constituição brasileira de 1824, instigando o leitor ao debate sobre a origem das Cartas constitucionais do Brasil.

Palavras-chave: Constituição de 1824. Poder Moderador. Padroado. Brasil.

1 INTRODUÇÃO

Para o desenvolvimento deste trabalho foram utilizadas as técnicas metodológicas de pesquisa descritiva, no intuito de identificar mecanismos estruturantes da história constitucional brasileira, que permitiram a promulgação da primeira Constituição do Brasil em 1824.

O tema será analisado por meio de consultas bibliográficas e leituras ao texto legal, e aos diversos estudos correlatos ao tema em pesquisa, também, foi empregada a técnica metodológica da pesquisa explicativa, que tem como principais pontos finalísticos, a tentativa de identificação dos fatores que contribuíram para a explicação de determinados fenômenos sociais, assim como a interferência na primeira assembleia constituinte brasileira, com o uso do braço militar imperial.

Na análise dos eventos causadores da Constituição de 1824 o objetivo não será o de esgotar o tema, diante da grande complexidade do mesmo, mas, despertar no leitor a necessidade de pesquisar a história do direito constitucional brasileiro, permitindo uma ligação aos temas que permeavam à época.

Neste trabalho se exprime a ótica da história do direito constitucional, bem como os avanços encontrados na área dos direitos fundamentais ao estudar o tema, de modo a analisar o avanço histórico desde a Constituição de 1824 até os dias atuais, atendo-se à não incidência ao anacronismo durante a pesquisa.

O estudo passará aos mais diversos materiais bibliográficos e se baseará nas fontes primárias, com ênfase em literatura correlata ao tema da liberdade religiosa, texto legal da Constituição de 1824, palestra e apoio nas fontes secundárias de autores consagrados no assunto como o historiador, pesquisador da história do Direito, professor Arno Wehling.

O imperador se encontrava no mais alto patamar da estrutura do poder no Império brasileiro, podendo mencionar até mesmo, a impossibilidade de dissociação da Constituição de 1824, primeira Carta constitucional do Brasil, com a imagem do imperador, o qual geria o Império brasileiro exercendo o poder moderador, e o instituto do padroado.

Em atenção ao primeiro, o poder moderador, garantiu ao monarca o controle dos demais poderes constitucionais, de modo que o imperador poderia exercer a regulação das atividades do judiciário e do legislativo, já o poder executivo era exercido pelos Ministros de Estado, juntamente ao imperador, conforme o artigo 53 da Carta Imperial.

Já o segundo instituto, o padroado, concedia ao imperador o controle eclesiástico sobre o território do império brasileiro, de modo que seus desígnios sobrepujaram as atividades da Igreja Católica, assim as autoridades religiosas perderam parte de sua autonomia eclesiástica, em detrimento das determinações do imperador.

O papel centralizador do imperador, exercido por meio do instituto do padroado e do poder moderador, de certo modo, foi o “elo” que manteve a unidade territorial dos entes políticos, assim como, o motivo da longevidade da Carta de 1824, que até o momento, é a Carta constitucional brasileira que vigorou pelo maior período de tempo, exatos 65 anos.

Durante o percurso da primeira Carta constitucional brasileira, a Constituição de 1824, de sua outorga ao seu termo, o padroado, assim como o poder moderador se fizeram presentes em relação ao controle político e social no Brasil, muito embora, quando se estuda o tema, é possível encontrar autores que se posicionam contra o poder moderador, descrevendo o instituto como um retrocesso para a história constitucional brasileira. Entretanto, há de se verificar, em contraponto a este argumento, que o contexto histórico brasileiro ditou a necessidade da criação deste quarto poder constitucional.

O poder moderador, como a utilização do padroado, não foram adotados pelo imperador como instrumentos de um sistema de governo absolutista, mas sim, para atender as demandas do Brasil imperial, quais sejam, unidade territorial, civil e política, enquanto eram desenvolvidos os ideias liberais no Brasil, assim como pode ser verificado na Carta constitucional de 1824, ao inserir diversos direitos fundamentais ao homem.

2 ASSEMBLEIA CONSTITUINTE DE 1823

O início da história constitucional brasileira está claramente relacionado às ideias liberais do século XVIII e início de XIX, que por diversas razões se fizeram presentes nos rumos legais brasileiros, mas antes de nos debruçarmos sobre a assembleia constituinte de 1823, há de entendermos o contexto histórico que circundam as decisões e os eventos da época.

O Reino português é invadido bruscamente por tropas de napoleão Bonaparte, imperador francês, dado este fato, a família real portuguesa foge para a colônia brasileira em 1808, a qual receberia o título de Reino Unido de Portugal e Algarves.

Anos após, a família real liderada pelo rei D.João retorna para Portugal. Neste ponto D. João passava a regência do Império brasileiro para seu filho, D.Pedro I em abril de 1821, o que deflagrou os eventos futuros que passam a ser abordados.

Em 1822, no dia 3 de julho de 1822, por decreto, D.Pedro I inspirado pelos ideais políticos em voga na Europa, após a Revolução Francesa ocorrida em 1789, deu início à convocação da primeira assembleia geral constituinte e legislativa, antes mesmo da independência do Brasil no dia 7 de setembro de 1822, que não mais seria colônia Portuguesa. Até que, em 3 de maio de 1823 é instalada a assembleia constituinte.

Durante o correr do ano de 1823, o Brasil imperial passava por um processo de debates acerca da formulação do projeto da primeira constituição brasileira fundamentalmente nos pensamentos liberais trazidos da Europa por parte da elite intelectual da época, composta pelos constituintes de 1823, membros dos mais altos cargos do governo, do judiciário, das forças armadas e outros que pertenciam à nobreza imperial; todos estes faziam parte dos grupos intelectuais que detinham o poder político à época.

No projeto da constituinte de 1823, foram debatidos diversos temas relevantes para o Estado, como a naturalização de portugueses, criação de uma novo conceito de eleição censitária

que ocorreria em dois graus, sendo que apenas, poderiam votar aqueles que possuíssem o correspondente a uma plantação de 150 alqueires de mandioca, restrição ao poder de voto concentrado nas mãos de um pequeno grupo de grande força econômica, estes escolheriam os deputados e senadores, ou seja, definiriam os rumos do Estado.

Outro ponto verificado no projeto elaborado pela assembleia constituinte de 1823 é a divisão dos poderes, seguindo as tendências internacionais de países considerados como potências à época, O Brasil se encaminhava para a divisão tripartite dos poderes, seguindo as linhas ideológicas de pensamento de Montesquieu: Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, sobre o tema o professor Paulo Bonavides ensina:

O projeto da Constituinte obedecia basicamente em matéria de organização de poderes ao célebre esquema de Montesquieu: Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. Garantia os direitos individuais e políticos, sob inspiração da Constituição francesa de 1791 e ao mesmo passo formulava com originalidade um capítulo sobre os “deveres dos brasileiros”, no qual admitia o direito de resistência e declarava “dever do brasileiro negar-se a ser o executor da lei injusta”, reputando como tal a lei retroativa ou oposta à moral, mas unicamente “se ela tendesse a depravá-lo e a torná-lo vil e feroz. (BONAVIDES,2010,p.363)

Os ideais liberais vinham sendo debatidos e inseridos no palco das discussões constitucionais, em suma originários de influência francesa, visando atender necessidades internas, de maneira que se acoplassem ao momento histórico do Império do Brasil com a confecção da primeira Carta Constitucional.

Muito se debatia na assembleia constituinte de 1823, ideais liberais, restrição de poderes, autonomia dos estados, temas que rapidamente chegaram aos ouvidos do monarca D.Pedro I, ao tomar ciência dos posicionamentos levantados pela assembleia, o que em parte restringiria seu poder, D.Pedro I determina o envio de um grupo de militares para porem fim à assembleia.

Mais precisamente em 12 de novembro de 1823, o grupo de militares leais à Coroa promoveram a dissolução da assembleia constituinte o que marcaria a história democrática brasileira como – a noite da agonia – episódio que deu início a diversas passagens na história do Brasil onde foi utilizado o poder militar a fim de conservar o poder.

Nesta noite diversos membros da constituinte ficaram impedidos de saírem do local durante toda a noite, enquanto outros chegaram a ser presos. A dissolução da assembleia constituinte de 1823, por D. Pedro I, provocou grande sentimento de desaprovação por parte da população brasileira, desencadeando diversos levantes revoltosos contra o golpe militar do Monarca, como foi o caso da Confederação do Equador:

Após a dissolução da Assembleia Constituinte de 1823, D. Pedro convocou um Conselho de Estado para execução da Carta Régia. Nesse momento observou-se um afastamento maior entre o Imperador e a oligarquia rural brasileira, e uma aproximação do Imperador com os Portugueses, que endossavam suas tendências absolutistas. Assim, a Carta outorgada de 1824 pode ser considerada

absolutista e liberal, representando uma vitória do executivo sobre o legislativo, do Imperador sobre as oligarquias, principalmente uma vitória do executivo sobre o legislativo, do Imperador sobre as oligarquias, principalmente com a inclusão do quarto poder, o Poder Moderador. A recepção da Carta nas províncias despertou as mais vivas reações negativas. Foi criticada, apesar de ainda encontrar, nas províncias, pequenos grupos da aristocracia que a jurassem. As maiores reações deram-se no Nordeste onde sua recusa permitiu o desenrolar da Confederação do Equador. (RODRIGUES, Apud ARLACÃO, 2006, p.37)

3 CARTA MAGNA DE 1824

Em março de 1824, agora com um Conselho de Estado, composto por 10 membros escolhidos pessoalmente pelo imperador D.Pedro I, foi confeccionado o texto final da 1ª Constituição brasileira, contendo diversos aspectos sobre o avanço dos direitos do homem, assim como percebido pela breve leitura do artigo 179 da Carta Imperial, o que na época era do mais moderno.

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que têm por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (BRASIL. 1824)

Em contrapartida a este aspecto liberal, a Carta de 1824 detinha grande força centralizadora sobre a organização imperial. Este aspecto há de ser reconhecido sobre os pesquisadores como o estopim que deflagrou o golpe de Estado de novembro de 1889, arquitetado e executado por militares revoltosos ao sistema de governo.

Antes de analisarmos o fim do período imperial, é de suma importância fixar e entender as mudanças em relação aos poderes do Estado, sobretudo, a aplicação da divisão quadripartida dos poderes do Estado, de forma a serem destacados como: Poder Moderador, Poder Executivo, ambos exercidos pelo Imperador; e os poderes Legislativo e Judiciário, não exercidos diretamente pelo monarca, mas rigidamente controlados por ele.

Outro ponto em destaque da Carta de 1824, o que pode ter sido o motivo da longevidade de 65 anos, está na estruturação da Constituição Imperial. Adotou-se uma forma que atendiam tanto o caráter rígido, como o flexível encontrado nas Cartas contemporâneas da época. A Carta imperial, adotou a forma semi-rígida de constituição, o que deu grande plasticidade e flexibilidade, nas palavras do professor Celso Ribeiro Bastos, em referência à semi-rigidez da Constituição Imperial:

A Constituição Imperial de 1824 é bastante original na matéria, criando uma terceira categoria de Constituições, aquela marcada pela existência de dispositivos rígidos e dispositivos flexíveis. Em outras palavras, a Constituição encampa a distinção entre Constituição material e Constituição formal. Todos os dispositivos que integrassem a primeira, isto é, que entendessem com a própria substância ou o cerne do Estado, seriam apenas modificáveis por maioria, extremamente exigente em três legislaturas consecutivas. (BASTOS, 1989, p.107)

Embora a primeira Carta constitucional houvesse perdurado por quase 7 décadas, existem diversos pontos a serem discutidos, quais sejam, a constituição originou-se de um golpe ordenado pelo monarca, de forma a garantir a manutenção do poder nas mãos do Imperador, que posteriormente criaria a imagem do Poder Moderador, de forma a materializar sobre o texto legal, o vasto poder de D. Pedro I.

Não seria compreensível analisarmos o passado constitucional sem debruçarmos sobre os poderes que regiam este país de dimensões continentais. Adiante passaremos a abordar cada um dos poderes, objetivando elucidar os possíveis questionamentos em referência aos Poderes constitucionais assim descrito por Paulo Bonavides, em referência à Carta de 1824:

A Constituição do Império foi, em suma, uma Constituição de três dimensões: a primeira, voltada para o passado, trazendo as graves sequelas do absolutismo. A segunda, dirigida para o presente, efetivando em parte, e com bom êxito no decurso de sua aplicação, o programa liberal, e uma terceira, à primeira vista desconhecida e encoberta, pressentindo o futuro. (BONAVIDES apud BAS-TOS, 1989, p.55)

Os avanços dos direitos individuais encontrados na Constituição de 1824, bem como a conservação da unidade dos Estados membros, seja em momentos de paz ou de revoltas, foram notados pelo pesquisador Octaviano Nogueira:

É a partir deste dado que se deve examinar a importância de nossa primeira Carta na história constitucional do país. Afinal, a Constituição de 24 não serviu apenas para os momentos de estabilidade política, conseguida, no Império, a partir da Praieira (1848-1849), que foi a última rebelião de caráter político no período monárquico. Serviu, também, com a mesma eficiência, para as fases de crise que se multiplicaram numa sucessão interminável de revoltas, rebeliões e insurreições, entre 1824 e 1848. Mais que isso: foi sob esse mesmo texto, emendado apenas uma vez, que se processou, sem riscos de graves rupturas, a evolução histórica de toda a Monarquia. Essa evolução inclui fatos de enorme relevância e significação tanto política como econômica e social. As intervenções no Prata e a Guerra do Paraguai; o fim da tarifa Alves Branco, de 1844; a supressão do tráfico de escravos; o início da industrialização e a própria abolição, em 1888, são alguns exemplos (NOGUEIRA, 2012, p. 10)

4 O PODER MODERADOR

O instituto do poder moderador foi criado no século XIX pelos estudos e abstrações de Benjamin Constant. Graças a uma necessidade à época, da criação de uma nova estrutura de poderes constitucionais, Constant criou a figura de um poder novo, até então, não discutido no território brasileiro, o que posteriormente seria intitulado como Poder Moderador.

Ao iniciar o estudo sobre o papel exercido pelo poder moderador, de modo didático, podemos associá-lo à imagem do Leviatã de Thomas Hobbes, onde o filósofo inglês, criou um enredo para descrever o poder absoluto dentro de um estado eclesiástico e civil.

Em seu livro “o Leviatã” Hobbes descreve uma criatura, espécie de “Kraken”, com diversos tentáculos, onde cada um destes dominavam as partes que compunham o Estado, desde o controle do poder bélico/militar até o controle do poder eclesiástico. Do mesmo modo era o Poder Moderador, que dificultava a autonomia das unidades federativas, centralizando no monarca a última palavra, seja no âmbito legislativo, executivo ou judiciário.

O poder Moderador criado dos ideais de Benjamin Constant dava ao seu detentor poder quase absoluto sobre o Estado, de modo que aquele que o possuísse, seria também, detentor das funções do poder executivo, e controlaria todos os demais poderes:

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos. (BRASIL. 1824)

O Poder Moderador foi exercido por D.Pedro I de 1824 até 1831, ano de sua abdicação, e viria, posteriormente, a ser exercido por seu filho D.Pedro II, já que o poder moderador estava vinculado à hereditariamente dos Monarcas.

Muito embora a Constituição de 1824, tenha apresentado diversos posicionamentos liberais, demonstrados pelos avanços dos direitos do homem, em sua oposição, estava a figura do poder Moderador, exercendo de forma quase absoluta os ditames do Estado, restringindo ou ampliando direitos mediante a vontade do monarca.

Durante a Constituição de 1824, o poder Moderador afunilou as decisões gestoras, de modo a favorecer sua gestão, e impedir, de certa forma, a resistência de ideias contrárias as do imperador, assim como o fez com seus opositores políticos na dissolução da assembleia constituinte de 1823.

Essa dominação alcançava o poder Judiciários sobre controle de Julgamentos e aplicação das leis, tendo como composição membros nomeados pelo imperador, ou seja, a vontade dos membros do judiciário coincidia com as vontades do Monarca.

De igual modo, o monarca também interferia no Poder Legislativo, que era composto por senadores e deputados encarregados pela elaboração das Leis, sendo os senadores detentores da vitaliciedade do cargo; assim como os membros do judiciário, os senadores eram escolhidos pelo Imperador, sendo que ao monarca era apresentada uma lista tríplice com os três nomes mais votados na eleição.

Estas demonstrações só exprimem os diversos meios onde eram possíveis constatar que o poder exercido pelo monarca, por meio do poder moderador se ramificava pelas diversas áreas do Brasil Imperial, de forma fluida e dotada de forte caráter liberal, demonstração de poder absoluto, mas elástico, amparado pela Carta Constitucional, na concepção do professor Christian Edward Cyril Lynch, em se tratando da ótica:

Todas as alterações efetuadas nas prerrogativas do Poder Moderador foram, portanto, no sentido de torná-las ainda mais liberais e de proporcionar ao seu exercício uma maior possibilidade de controle qualitativo, cujo exemplo máximo foi a obrigatoriedade da oitiva prévia do próprio Conselho de Estado, ainda que consultiva (art. 142). A afirmação de que semelhantes adaptações teriam “desfigurado” a doutrina de Constant, dando-lhe feições autoritárias, não passa, assim, de um contra-senso evidente. (LYNCH, 2005, p. 642)

5 PADROADO E BENEPLÁCITO RÉGIO: A LIGAÇÃO DO TRONO AO ALTAR

Sobre o controle exercido pelo imperador por meio do quarto poder (Poder moderador), é impossível dissociá-lo ao fenômeno do Padroado, que dava ao Imperador padroeiro o poder de exercer o controle da Igreja Católica no Brasil, nomeando seus bispos, arrecadando dízimos eclesiásticos, de maneira que, o imperador detinha a religião como mais um mecanismo de poder político.

O Padroado dava ao monarca a possibilidade de manter a ligação histórica do trono e o Altar, e assim o fez, pois a Constituição de 1824 estabelecia o catolicismo como religião oficial do Estado, o que, por si só, reflete o acoplamento do poder político ao eclesiástico.

Um exemplo do acoplamento das funções que compunham o poder exercido pelo imperador é o Beneplácito Régio, que funcionava como uma espécie de controle das determinações da Igreja Católica que seriam permitidas para serem inseridas no território do Império do Brasil, de modo a só terem validade se assim o imperador concordasse.

Daniel Machado Gomes, em seu trabalho de pesquisa pelo Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, referencia o pesquisador Pimenta Bueno, que trouxe em seu livro *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, o tema do beneplácito régio e sua difusão no território imperial brasileiro:

O beneplácito da Assembleia era fundamental nos casos de disposição geral contida em constituição, bula ou decisão, porque o legislador eclesiástico podia incluir algum princípio nocivo ao Estado. (BUENO, apud GOMES, 2019.pág 8)

Ainda em referência ao texto de Pimenta Bueno:

As disposições dos bispos da Igreja nacional dependiam do beneplácito do Poder Executivo, ou seja, do Imperador. O beneplácito seria da Assembleia no caso de normas pontifícias e do imperador quando as disposições normativas fossem provenientes dos bispos do Brasil. (BUENO, apud GOMES, 2019.pág 8)

Durante este período do Padroado a Igreja católica possuía quase que o monopólio religioso dentro do Estado, sendo ela pré-requisito para aqueles que almejassem galgar algum papel de relevância política, como por exemplo, o artigo 94, inciso III, onde estabelecia que todos os eleitores eram considerados habilitados para serem nomeados deputados, exceto os que não “professam a religião do Estado”, assim como o art. 141 vedava aos não católicos a participarem do Conselho do Estado.

os membros do clero ocupavam o lugar de funcionários estatais e as atividades das ordens e das congregações religiosas encontravam-se subordinadas ao Estado. Em curto prazo, o padroado e o beneplácito se transformaram no que Magalhães de Azevedo descreveu como “cárcere de ouro”, contra o qual a Igreja teve que lutar para garantir sua liberdade. (GOMES, 2019, pág 8)

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil passou por um período de transição de uma assembleia a um conselho de estado, caucionando permanência dos poderes do imperador D. Pedro I em 1823, propiciando a sua total autonomia em ditar os rumos constitucionais do Brasil.

O ato de dissolução da assembleia constituinte de 1823, juntamente com a criação de um conselho de Estado composto pela indicação do Monarca, garantiu a manutenção do poder absoluto do monarca e permitiu a inclusão de mecanismos de gestão do Império por meio da Constituição de 1824, pelo que seria conhecido como poder Moderador, assim como, quando utilizou-se do instituto do padroado, desta maneira, reforçou seu poder absoluto sobre o Império do Brasil tanto na esfera política quanto na esfera civil.

Todos as partes que constituíam o Estado encontravam-se imersas sob as determinações do poder do Monarca, que exercia o Poder Moderador, fato que marcou a história constitucional do Brasil, e do mundo. O Brasil criou uma Constituição de forte viés liberal, onde diversas garantias constitucionais estavam sendo inseridas no ordenamento jurídico brasileiro, enquanto passávamos por um período monárquico-constitucional liderado pelo Imperador D. Pedro I, que detinha o Poder Moderador, expressão máxima de poder durante a vigência da Constituição de 1824.

De 1823, ano em que ocorreu a dissolução da Assembleia Constituinte, iniciou-se o processo de outorga da Constituição de 1824. Esta Carta seria marcada pela forte influência liberal e desenvolvimento de direitos civis e políticos, controle civil por meio do instituto do Padroado e controle político, exercido pelo Imperador por meio do Poder Moderador.

Em meio a estes avanços sociais, e a forte influência política e social de controle do Estado, o Instituto do Poder Moderador demonstrava-se como o meio a garantir a unidade territorial do Império e a promoção do início da identidade do Brasil.

Durante este período constitucional, o altar e o trono reafirmaram a sua ligação histórica sobre o controle do Imperador. A religião católica foi escolhida como a oficial do Estado na

Constituição de 1824. Enquanto isso ocorria, o imperador aprovava quais conteúdos da religião católica poderiam ingressar no território brasileiro, assim como quem seria alçado ao papel de autoridade eclesiástica como Bispos, após o aval do Imperador.

A escolha deste tema veio com a necessidade de se estudar a memória constitucional. Durante a graduação, por muitas vezes, o estudante enxerga a Norma como um “retrato”, sem ao menos entender de onde veio tal dispositivo, e qual foi a demanda histórica pela qual desencadeou sua criação.

O estudante de Direito deve terminar a graduação com a percepção de que o direito é fluido e contínuo, não como um retrato, mas sim, como um filme. Para desenvolvermos o pensamento crítico em referência a qualquer norma do nosso ordenamento jurídico, até mesmo a constituição, devemos estudar sua origem, de modo a entendermos o assunto de forma global e com profundidade.

O Brasil possui uma história constitucional rica, que deve ser transmitida à sociedade, e incentivada sua pesquisa. Desenvolvendo o trabalho ficou claro como o controle político exercido pelo poder moderador, e o controle civil exercido por meio do padroado conseguiram promover a longevidade da primeira Carta Constitucional do Brasil, e para alguns estudiosos, a Carta de 1824, surgida com grande influência do Imperador D.Pedro I, foi responsável pela manutenção da unidade do território.

Por esta ótica, agrega-se valor ao entendimento da Carta de 1824, pois é se suma importância o estudo da história constitucional de um país democrático. Assim como demonstrou o passado, o estudo dos fenômenos jurídicos constitucionais pode esclarecer temas futuros; estudando o passado o futuro se ilumina.

O controle exercido pelo Monarca por meio do Poder Moderador, assim como o Padroado, delinearam a Constituição de 1824, permitindo assim a longevidade da Carta constitucional outorgada pelo Imperador D.Pedro I.

Ao estudar o tema, conclui-se que estes mecanismos de controle político e social, participaram do êxito daquela que pode ser considerada a mais eficaz constituição brasileira, se for colocado o período de vigência como parâmetro. Período igual ou superior aos 65 anos de vigência da Constituição de 1824, não mais se verificou nas constituições posteriores, nem mesmo na atual promulgada em 1988. Estes elementos trazem grande relevância à história do Direito brasileiro, assim como o estudo da história constitucional brasileira.

Os resultados obtidos neste trabalho apontam para a importância de adentrarmos no estudo das relações de poder exercidas enquanto da vigência da Carta de 1824. O uso do poder político das práticas do padroado e o papel do quarto poder Poder, Poder Moderador, podem, de algum modo, terem traçado caminhos de continuidade e descontinuidade na história do Estado brasileiro.

Por fim, salienta-se a frase do industrial Henry Ford, sobre a importância de conhecermos o passado: O passado serve para evidenciar as nossas falhas e dar-nos indicações para o progresso do futuro.

REFERÊNCIAS

- ARLACÃO, Janine Pereira de Sousa, **O saber e o fazer: República, Federalismo e Separatismo na Confederação do Equador**. Universidade de Brasília; Instituto de Ciência Humanas Departamento de História. Brasília – DF. 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**.25.ed. São Paulo: Malheiros.2010.
- BONAVIDES, Paulo. Apud BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1824**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 16 Outubro. 2019.
- GOMES, Daniel Machado. **O Estado Confessional com Liberdade Religiosa: Crença e Culto na Constituição do Império Brasileiro**, Trabalho de Pós-doutorado desenvolvido no Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, Rio de Janeiro-RJ. 2019.
- LYNCH, Christian Edward Cyril. **O Discurso Político Monarquiano e a Recepção do Conceito de Poder Moderador no Brasil (1822-1824)**, Revista de Ciências Sociais, Vol. 48, no 3, Rio de Janeiro-RJ. 2005.
- NOGUEIRA, Octaviano. **Constituições brasileiras, 1824**, Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações subsecretaria de adições técnicas, Brasília-DF. 2012.

BLOQUEIOS DO WHATSAPP NO BRASIL: UMA ANÁLISE FÁTICA E JURÍDICA

Sandoval Marinho da Costa
Prof^{fa}. Orientadora: Eliana Pulcinelli

RESUMO

Este trabalho apresenta uma síntese do debate jurídico em torno dos bloqueios judiciais do WhatsApp, famosa aplicação da Internet para troca de mensagens. Nesse contexto, faz-se uma descrição detalhada de cada um dos bloqueios, apresentando, principalmente, quem deu a ordem, em qual contexto, sob quais fundamentos jurídicos, e também como tais bloqueios foram cassados. Argumentos favoráveis e contrários são analisados à luz da doutrina, do Marco Civil da Internet e da Constituição Federal de 1988. Dos argumentos contrários ao bloqueio, esse trabalho dedica especial atenção ao estudo do direito à comunicação, previsto no art. 5º, IX, da CF/88. Por fim, a presente pesquisa busca aprofundar o debate de constitucionalidade contido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 403, e também na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5527, ambas ações ainda em julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Direito. Comunicação. Internet. Constitucionalidade.

1 INTRODUÇÃO

A expansão da Internet, tem fomentado globalmente verdadeira revolução econômica e social, sendo responsável, inclusive, pelo surgimento de um novo ramo jurídico, a saber, o Direito Digital. Nesse contexto, o Marco Civil da Internet (MCI), na forma da Lei Federal nº 12.965/2014, define o regime jurídico aplicável aos serviços de acesso à Internet e suas aplicações. Esta lei estabelece de forma detalhada os princípios, garantias, direitos e deveres dos mais diversos agentes no âmbito da Internet.

Com base em uma interpretação equivocada do MCI, por diversas vezes, determinou-se o bloqueio judicial da plataforma de troca de mensagens pela internet mais popular no Brasil, o WhatsApp¹, sob a justificativa de que tal plataforma estaria se negando a realizar a quebra de sigilo das comunicações de usuários sob investigação criminal, o que legitimaria o bloqueio.

¹ WhatsApp é um aplicativo multiplataforma de mensagens instantâneas, no qual os usuários podem enviar textos, imagens, vídeos e documentos digitais, além de fazer ligações gratuitas por meio de uma conexão com a internet. O software está disponível para diversos sistemas operacionais para smartphones, tais como: Android, iOS e WindowsPhone.

No entanto, a suspensão de um serviço de comunicação utilizado por milhões de brasileiros, acendeu o debate quanto à constitucionalidade da medida, face ao disposto no art. 5º, inciso IX, da Constituição Federal de 1988². De fato, após sucessivos bloqueios do WhatsApp, foram ajuizadas no Supremo Tribunal Federal uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e, também, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI).

Para se ter uma ideia do impacto social desse caso, na época do segundo bloqueio judicial da plataforma WhatsApp, em dezembro de 2015, cerca de 100 milhões de usuários brasileiros foram diretamente afetados, sendo forçados a buscarem e se adaptarem a outras plataformas similares, enquanto os advogados da empresa criadora do referido aplicativo³ lutavam na justiça para conseguir o desbloqueio imediato do serviço.

Pelas razões fáticas e jurídicas expostas acima, surgem alguns questionamentos que a presente pesquisa busca responder: (a) os bloqueios judiciais do WhatsApp revelaram a violação de quais direitos fundamentais? (b) seriam as plataformas de comunicação via Internet alcançadas pela proteção constitucional destinada à imprensa, ao rádio e à TV? (c) quais as possibilidades de provimento da ADI 5527 e da ADPF 403, diante dos argumentos apresentados pela parte autora?

Assim, para responder às questões ora levantadas, constituem objetivos específicos deste projeto: (a) a síntese dos eventos históricos relacionados aos bloqueios judiciais do WhatsApp; (b) a investigação da real natureza do Marco Civil da Internet, bem como de suas sanções; (c) o estudo do direito de livre comunicação à luz da doutrina e da atual Constituição Cidadã; (d) o exame da ADI 5527 e da ADPF 403; (e) a análise das chances de provimento dessas ações do controle concentrado de constitucionalidade; (f) a apresentação de possíveis soluções para o problema estudado.

Por fim, o presente trabalho se justifica, principalmente, tendo em vista a importância das modernas plataformas de comunicação via Internet, não só do ponto de vista econômico, mas especialmente nas relações sociais e na efetividade do direito à comunicação. Pois, de fato, não se pode ignorar o poder das redes sociais na moderna concepção do estado democrático de direito. Além disso, o controle concentrado de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público é tema recorrente, tanto no âmbito acadêmico do Direito quanto no regular exercício da advocacia.

2 De acordo com o art. 5º, IX, da CF/88, “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

3 A empresa com o mesmo nome WhatsApp foi fundada em 2009 por Brian Acton e Jan Koum, ambos veteranos do Yahoo, e está sediada no estado norte-americano da Califórnia.

2 QUANDO O BLOQUEIO DE UM APLICATIVO GEROU CAOS SOCIAL

Segundo dados oficiais da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), atualmente, cerca de 46% dos domicílios brasileiros já possuem Internet de alta velocidade⁴. Em uma análise apressada, esse percentual de domicílios conectados à Internet via banda larga fixa⁵ pode não parecer tão expressivo. Entretanto, de acordo com os dados da mesma organização, já existem mais de 185 milhões⁶ de telefones celulares, habilitados com plano de dados, acessando a Internet via tecnologia 3G ou 4G⁷. Nessa linha de raciocínio, levando em consideração que as últimas projeções do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) apontam que a população brasileira é da ordem de 210 milhões⁸, pode-se concluir que, salvo em algumas regiões muito remotas, os brasileiros já estão conectados ao mundo digital, graças à crescente popularização da Internet.

De fato, a Internet é uma tecnologia fantástica que desde o início dos anos de 1990 vem revolucionando tanto os negócios quanto as relações interpessoais. No Brasil, fruto da oferta de planos de telefonia móvel cada vez mais baratos, uma das aplicações de Internet que virou febre entre os brasileiros é o WhatsApp, um aplicativo para troca de mensagens de texto e arquivos multimídia, que também permite a realização de chamadas de voz e vídeo em smartphone. Dado que, para os brasileiros, o nome do aplicativo não é tão fácil de pronunciar, e ainda mais difícil escrever corretamente, muitos de seus usuários nacionais o chamam simplesmente de Zap.

Desde o seu lançamento em 2009, esse aplicativo tem sido gratuito para usuários não corporativos, o que em terras nacionais é mais um atrativo, dado o gosto peculiar dos brasileiros por toda sorte de serviço pelo qual não tenha que pagar. Segundo dados oficiais do próprio WhatsApp, os quais foram publicados pelo jornal Folha de São Paulo, em fevereiro de 2014, 38 milhões de pessoas no Brasil já utilizavam mensalmente esse serviço de mensagens⁹. Diante de número tão expressivo de usuários, chega a ser óbvia a conclusão de que a plataforma WhatsApp

4 AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. Dados do serviço de banda larga fixa. Brasília: ANATEL, 2019. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/dados/acessos-banda-larga-fixa>. Acesso em: 12 nov. 2019.

5 Banda larga é um termo utilizado para especificar a internet de alta velocidade. Ou seja, uma internet que suporta um grande tráfego de informações e que permite a execução com alto desempenho de conteúdos audiovisuais online, videoconferências e etc. No Brasil, banda larga é sinônimo de serviço de comunicação multimídia (SCM).

6 AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. Dados do serviço de telefonia móvel pessoal. Brasília: ANATEL, 2019. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/dados/acessos-telefonia-movel>. Acesso em: 12 nov. 2019.

7 Os termos 2G, 3G e 4G são utilizados no mercado para designar gerações da telefonia móvel (celular) que, à medida que evoluem, agregam novas tecnologias e permitem a transferência de dados em velocidades cada vez mais altas. Na rede 3G já é possível realizar chamadas de vídeo de alta qualidade.

8 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em: 12 nov. 2019.

9 FOLHA DE SÃO PAULO. WhatsApp diz ter 38 milhões de usuários no Brasil. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/tec/2014/02/1418158-whatsapp-diz-ter-38-milhoes-de-usuarios-no-brasil.shtml>. Acesso em: 12 nov. 2019.

poderia estar sendo usada não apenas para assuntos relacionados à família e ao trabalho, mas também para fins ilícitos, tais como, práticas de crimes de ameaça, injúria, estelionato, pedofilia, ou mesmo a simples troca de mensagens entre membros do crime organizado, o que atrai o interesse de autoridades policiais e judiciárias.

2.1 Judiciário X WhatsApp: a Batalha de Teresina

Em 11 de fevereiro de 2015, o Juiz de Direito da Central de Inquéritos da Comarca de Teresina (PI) determinou o primeiro bloqueio do WhatsApp em todo o território nacional¹⁰. De acordo com a Secretaria de Segurança Pública do Piauí, essa medida foi tomada em razão de a empresa supostamente ter descumprido determinações anteriores, e ter se negado a fornecer informações para uma investigação conduzida pela Polícia Civil daquele Estado relacionada ao crime de pedofilia.

Visando tornar o serviço do WhatsApp inacessível, o mandado judicial foi encaminhado às operadoras de telefonia, para que fosse plenamente cumprido por seus administradores, sob pena de se caracterizar crime de descumprimento de ordem judicial. Devido a isso, as empresas GVT, Embratel e Claro impetraram mandado de segurança com pedido de liminar perante o Tribunal de Justiça do Piauí, a fim de suspender a eficácia da ordem emitida.

Nesse turno, antes mesmo que o bloqueio do WhatsApp fosse efetivado, o desembargador Raimundo Nonato da Costa Alencar concedeu a liminar do MS, sob o argumento de não haver razoabilidade em, por conta de uma investigação local, suspender um serviço utilizado por milhões de pessoas. Para ilustrar a gravidade da suspensão do serviço, o desembargador fez uma comparação observando que seria como determinar a “interrupção da entrega de cartas e encomendas pelo Correio, apenas baseado na suspeita de que, por exemplo, traficantes estariam fazendo transitar drogas por este meio”¹¹.

2.2 Judiciário X WhatsApp: a Batalha de São Bernardo

O segundo bloqueio do aplicativo WhatsApp em todo o país foi determinado pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo (SP), novamente sob o argumento de recusa da empresa em fornecer dados de um usuário sob investigação criminal¹².

10 G1 (GLOBO NOTÍCIAS). Decisão de juiz do Piauí manda tirar WhatsApp do ar em todo o Brasil. Disponível em: <http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2015/02/decisao-de-juiz-do-piaui-manda-tirar-whatsapp-do-ar-em-todo-o-brasil.html>. Acesso em: 12 nov. 2019.

11 CONSULTOR JURÍDICO. Decisão que suspendia WhatsApp em todo o Brasil é derrubada no TJ-PI. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-26/decisao-suspendia-whatsapp-brasil-derrubada-tj-pi>. Acesso em: 12 nov. 2019.

12 BARIFOUSE, Rafael; DUARTE, Fernando; BARRUCHO, Luis Guilherme. Por que o bloqueio do WhatsApp não vingou - e como isso afetará a briga entre empresas de internet e Justiça. São Paulo: BBC BRASIL, 2015. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/12/151217_desbloqueio_whatsapp_repercussao_rb. Acesso em: 12 nov. 2019.

Nessa ocasião, as principais operadoras de telefonia móvel do Brasil foram intimadas pela Justiça a bloquear o aplicativo a partir da 0h do dia 17 de dezembro de 2015. Nesse caso, o bloqueio foi efetivado pela maioria das empresas intimadas. Previsto para durar 48 horas, o bloqueio foi suspenso 12 horas depois por uma liminar do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao apreciar um mandado de segurança impetrado pela própria plataforma.

O desembargador Xavier de Souza, ao deferir a liminar, pontuou que, em face dos princípios constitucionais, não se mostrava razoável que milhões de usuários fossem afetados em decorrência da inércia da impetrante, em fornecer informações à justiça, mormente quando não esgotados outros meios disponíveis para a obtenção do resultado desejado¹³.

2.3 Judiciário X WhatsApp: a Batalha de Lagarto

Em 26 de abril de 2016, foi emitida uma nova ordem judicial para que todas as operadoras de telefonia que atuam no Brasil suspendessem pelo prazo de 72h, em todo o território nacional, o tráfego de dados da aplicação WhatsApp. Dessa vez, a ordem partiu do Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Lagarto (SE), atendendo ao requerimento de um Delegado de Polícia Federal que investigava uma organização criminosa relacionada ao tráfico interestadual de drogas¹⁴.

Nessa ocasião, a determinação de bloqueio também se efetivou, e só foi cassada em um pedido de reconsideração do indeferimento de medida liminar em mandado de segurança, o qual havia sido impetrado pelo próprio WhatsApp. Em sua decisão, o Desembargador Ricardo Múcio Santana de Abreu Lima fez a seguinte consideração:¹⁵

A suspensão dos serviços do whatsapp já dura 24 horas e certo é também que gerou caos social em todo o território, com dificuldade de desenvolvimento de atividades laborativas, lazer, família, etc. Este é um caso em que se vislumbra a necessidade de uma decisão suprema em via de repercussão geral pelo STF, pois normatizaria os serviços de redes sociais em todo o território.

De modo eloquente, ao utilizar o termo “caos social”, o desembargador Abreu Lima conseguiu expressar com precisão o impacto da decisão de bloqueio de uma plataforma de comunicação que à época já contabilizava mais de 100 milhões de usuários no Brasil.

13 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Despacho. Mandado de Segurança nº 2271462-77.2015.8.26.0000. 11ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Desembargador Xavier de Souza, 17 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/tj-sp-suspende-bloqueio-whatsapp.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2019.

14 BRASIL. Tribunal de Justiça de Sergipe. Decisão. Processo nº 201655090143. Vara Criminal da Comarca de Lagarto. Juiz: Marcel Maia Montalvão, 26 de abril de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11117614&prcID=4975500#>. Acesso em: 12 nov. 2019.

15 BRASIL. Tribunal de Justiça de Sergipe. Reconsideração. Decisão concessiva de liminar. Mandado de Segurança nº 201600110899. Relator: Desembargador Ricardo Múcio Santana de Abreu Lima, 03 de maio de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10893506&prcID=4975500#>. Acesso em: 12 nov. 2019.

2.4 Judiciário X WhatsApp: a Batalha de Caxias

A quarta e última investida do Judiciário no regular funcionamento do aplicativo de mensagens objeto dessa pesquisa ocorreu apenas algumas semanas após o bloqueio anterior. No dia 19 de julho de 2016, a Juíza de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias (RJ) emitiu a ordem judicial de bloqueio do WhatsApp em âmbito nacional utilizando os mesmos fundamentos jurídicos das decisões anteriormente impugnadas, a saber, a recusa da empresa em fornecer informações indispensáveis à instrução processual penal, e a previsão legal de suspensão temporária dos provedores de aplicações de internet, prevista no art. 12, incisos III e IV, do MCI¹⁶.

A peculiaridade desse episódio fica por conta do fato de que, dessa vez, a determinação de bloqueio não foi cassada via mandado de segurança no Tribunal ao qual a autoridade coatora estava diretamente vinculada. Tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal já havia sido provocado a se manifestar sobre a constitucionalidade da matéria, dada a propositura da ADPF 403¹⁷. Desse modo, ordem da magistrada de Duque de Caxias foi cassada pelo próprio Ministro Presidente do STF¹⁸, que deferiu a segurança para afastar a suspensão de um serviço quase que essencial ao cotidiano dos brasileiros.

Desde aquela decisão do Ministro Ricardo Lewandowski em conceder a liminar para que os brasileiros não fossem impedidos de se comunicar através da plataforma WhatsApp, nenhum magistrado teve a coragem de determinar novo bloqueio dessa aplicação sob o pretexto de negativa aos pedidos judiciais de interceptação de usuários sob investigação criminal.

2.5 Argumentos Jurídicos Favoráveis aos Bloqueios

Todas as quatro ordens judiciais de suspensão temporária do aplicativo WhatsApp citadas anteriormente possuem dois fundamentos básicos para justificar o bloqueio. O primeiro argumento utilizado, e o mais ferozmente defendido, está relacionado ao dever jurídico que os responsáveis pelo WhatsApp teriam de colaborar com a Justiça brasileira, dado que, mesmo não possuindo sede no Brasil, essa empresa possui brasileiros como usuários de seus serviços. Quanto a isso, não se vislumbra qualquer argumento em contrário. Havendo solicitação formal das autoridades brasileiras, tal colaboração seria efetuada mediante a interceptação e coleta dos dados transmitidos por determinados usuários, os quais deveriam ser encaminhados à Justiça brasileira a fim de instruir inquéritos ou processos penais em curso.

16 BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 12 nov. 2019.

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 403. Direito administrativo e outras matérias de direito público. Controle de constitucionalidade. Garantias constitucionais. Relator: Min. Edson Fachin. Recebimento: 03 de maio de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4975500>. Acesso em: 12 nov. 2019.

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 403. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 16 de julho de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11398261&prcID=4975500&ad=s#>. Acesso em: 12 nov. 2019.

Nesse contexto, a recusa ou morosidade do WhatsApp em fornecer as informações formalmente solicitadas constituiria verdadeiro desrespeito ao Poder Judiciário brasileiro, o que daria a este último a legitimidade para suspender os serviços daquele, em todo o território nacional, até que a ordem judicial fosse plenamente cumprida. Esse primeiro argumento, bastante óbvio, mas principiológico, encontraria guarida, segundo seus defensores na Lei do Marco Civil da Internet, nos termos do seguinte trecho em destaque:¹⁹

Art. 12. Sem prejuízo das demais sanções cíveis, criminais ou administrativas, as infrações às normas previstas nos arts. 10 e 11 ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções, aplicadas de forma isolada ou cumulativa:

I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;

II - multa de até 10% (dez por cento) do faturamento do grupo econômico no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, considerados a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção;

III - **suspensão temporária das atividades** que envolvam os atos previstos no art. 11; ou

IV - **proibição de exercício das atividades** que envolvam os atos previstos no art. 11.

Parágrafo único. Tratando-se de empresa estrangeira, responde solidariamente pelo pagamento da multa de que trata o caput sua filial, sucursal, escritório ou estabelecimento situado no País.

Outro argumento favorável ao bloqueio, e que é bastante mencionado nas ordens judiciais, está relacionado ao valor do bem jurídico que se busca proteger com o pedido de colaboração, qual seja, a segurança pública. Com exceção da primeira ordem de bloqueio, que estava relacionada a uma investigação de crime de pedofilia, todas as outras ordens foram emitidas no curso de investigações de crime de tráfico de drogas, o qual é equiparado a crime hediondo²⁰. Mais uma vez, parece acertada a ideia de que o Poder Judiciário deve se utilizar de todas as medidas cabíveis para garantir que crimes pretéritos, em curso ou iminentes sejam devidamente esclarecidos, mesmo que para isso seja necessário suspender as atividades de um serviço da internet até que as informações solicitadas sejam entregues.

2.6 Argumentos Jurídicos Contrários aos Bloqueios

Analisando as decisões judiciais de cassação das ordens de bloqueio, é possível identificar vários argumentos contrários a esse tipo de intervenção do Judiciário no livre funcionamento de uma aplicação da Internet. De todos os argumentos contrários, o mais citado é a questão da

19 BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 12 nov. 2019.

20 Crime hediondo é o crime considerado de extrema gravidade. Em razão disso, recebe um tratamento diferenciado e mais rigoroso do que as demais infrações penais.

razoabilidade, ou melhor, da falta de razoabilidade da medida sancionadora. Conforme mencionado anteriormente, estava-se determinando que milhões de pessoas fossem impedidas de usufruir dos serviços de uma empresa, por esta empresa descumprir uma ordem judicial. De certo modo, os usuários é que estavam sendo penalizados, visto que o serviço era disponibilizado, em regra, gratuitamente. Esse tipo de medida claramente viola o denominado princípio da intranscendência ou da pessoalidade da pena, previsto no art. 5º, XLV, da CF/88 que nos diz²¹:

Art. 5º. (...)

XLV – Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Outro argumento digno de estudo diz respeito à interpretação equivocada que teria sido dada a dispositivos do Marco Civil da Internet, os quais não poderiam dar suporte jurídico às determinações de bloqueio do aplicativo. A esse respeito, o próprio Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br)²² emitiu nota de esclarecimento à Imprensa, onde se lê:²³

É de entendimento do CGI.br que a suspensão indiscriminada de atividades e serviços - bem como a oneração de um conjunto difuso e indeterminado de usuários da Internet no Brasil e nos países vizinhos que se valem da infraestrutura e dos serviços prestados por empresas brasileiras -, não conta com o respaldo do Marco Civil da Internet para seu embasamento legal.

Além dos argumentos contrários à suspensão já apresentados, também é possível alegar a violação de vários outros princípios constitucionais, tais como, a livre iniciativa, a livre concorrência e a livre comunicação, previstos, respectivamente, no art.1º, IV, no art. 170, IV, e no art. 5º, IX, todos da CF/88.

De todos esses princípios violados, o direito à livre comunicação entre os cidadãos é, possivelmente, aquele que está mais intimamente ligado com o denominado “caos social” decorrente dos bloqueios do WhatsApp. Afinal, o que as pessoas queriam mesmo era continuar se comunicando naquela plataforma que lhes era familiar, ainda que houvesse outros meios de comunicação. Por essa razão, o direito à comunicação foi escolhido para um estudo mais aprofundado na presente pesquisa.

21 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 12 nov. 2019.

22 O Comitê Gestor da Internet no Brasil é responsável por estabelecer diretrizes estratégicas relacionadas ao uso e desenvolvimento da Internet no Brasil, promovendo a qualidade técnica, a inovação e a disseminação dos serviços ofertados.

23 COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. Nota de Esclarecimento: em razão de decisão da Exma. Juíza da 1ª Vara Criminal do Foro de São Bernardo do Campo (SP), que envolve suspensão do Whatsapp em todo o território nacional. São Paulo, 17 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://cgi.br/esclarecimento/nota-de-esclarecimento-dezembro-2015/>. Acesso em: 12 nov. 2019.

2.7 Natureza Jurídica do Marco Civil da Internet

Antes de iniciar o estudo da liberdade de comunicação, faz-se necessária a apresentação de uma breve reflexão sobre a natureza jurídica do MCI, o diploma legal que estabelece os princípios para o uso da Internet no Brasil, visto que a Internet é um dos expoentes da comunicação humana. A respeito da natureza dessa norma, o Professor Lucena Neto escreve:²⁴

Governo, Congresso Nacional, indústria, academia e sociedade civil alardearam efusivamente durante todo o processo de construção da norma que se tratava de uma verdadeira *Bill of Rights*, uma Declaração de Direitos (...) Ora, como já tive a oportunidade de escrever anteriormente, quem precisa de uma Declaração de Direitos é o cidadão. Não é o Estado. Uma *Bill of Rights* não existe para servir a Governo algum (...) Bloqueio de aplicativos no Brasil pode ser uma providência fundamentada em poder geral de cautela, legislação de combate ao crime organizado, mas no MCI definitivamente, não. O Marco Civil é uma Carta de Direitos do Cidadão.

Partindo dessa linha de raciocínio, de que o MCI é uma declaração de direitos do cidadão, o uso dessa norma para embaraçar a livre comunicação dos próprios cidadãos traz preocupação para a ordem jurídica brasileira.

3 LIBERDADE DE COMUNICAÇÃO NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

Cecília Meireles, poetisa carioca do século XX, ao refletir sobre o que vem a ser liberdade, nos presenteou com o seguinte verso: “Liberdade - essa palavra que o sonho humano alimenta, que não há ninguém que explique, e ninguém que não entenda”²⁵. De fato, a despeito de significar algo tão natural, o termo liberdade é difícil de explicar, visto possuir muitas manifestações, tais como, a liberdade de locomoção, reunião, associação, expressão do pensamento, entre outras. Esta seção dedica-se especificamente ao estudo do direito de livre comunicação à luz da doutrina e da atual Constituição.

24 LUCENA NETO, Claudio de. Bloqueio do WhatsApp e direito à comunicação. Observatório do Marco Civil da Internet. Seção Jurisprudência. ISSN 2526-3293. Disponível em: <http://www.omci.org.br/jurisprudencia/140/bloqueio-do-whatsapp-e-direito-a-comunicacao/>. Acesso em: 12 nov. 2019.

25 MEIRELES, Cecília. Romanceiro da Inconfidência. Romance XXIV ou Da bandeira da inconfidência. 13. ed. São Paulo: Global Editora, 2019.

3.1 Origens do Direito de Comunicação na Ordem Mundial

Como bem afirmou Aristóteles, o homem é um ser social por excelência, logo, a comunicação é inerente à condição humana, principalmente dentro de uma sociedade eminentemente política.²⁶ Nesse contexto, o ser humano socializa ao exteriorizar seus pensamentos a respeito de quaisquer assuntos, quer estejam relacionados à vida pública, quer sejam do interesse apenas de um grupo familiar.

Na prática, a comunicação humana pode ser bastante diversificada, englobando linguagem falada, escrita e até corporal. Entretanto, em todos os casos se pode observar a necessária exteriorização do pensamento, qualquer que seja esse. Assim, para que haja efetiva comunicação social, basta a existência de dois ou mais indivíduos dispostos a expressar suas opiniões, relatar fatos, ou mesmo divagar sobre aquilo que inexistente.

De acordo com o Professor Anderson Schreiber, historiadores apontam que a liberdade de expressão, como direito de manifestação de ideias e opiniões assegurado aos indivíduos, encontra seu berço na Grécia Antiga, mais especificamente no incentivo à livre participação dos cidadãos nas discussões travadas nas praças públicas, elemento central da cultura política grega.²⁷

Por outro lado, a noção contemporânea de liberdade de expressão encontra-se cristalizada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que afirma:²⁸

Artigo XIX - Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

Para o objetivo do presente trabalho é importante destacar o trecho “procurar, receber e transmitir ideias por quaisquer meios”, pois apesar do preceito ter sido estabelecido em 1948, numa época em que ainda não havia a Internet, é possível observar que tal texto se revela bastante atual.

3.2 Breve Trajetória do Direito de Comunicação no Brasil

O estudioso Marcílio Toscano Franca Filho observa que na primeira Constituição brasileira, de 25 de março de 1824, já havia alguma garantia quanto à liberdade de expressão do pensamento, demonstrando a importância desse direito no ordenamento jurídico que se pretendia construir no Brasil. Nessa antiga Constituição estava previsto que:²⁹

26 ABRÃO, Bernardina F. F. Comentários ao art. 220 da CF/88. In: COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da (org.); FERRAZ, Anna Candida da C. (coord.). Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 9. ed. Barueri: Manole, 2018. p. 1123-1124.

27 SCHREIBER, Anderson. Comentários ao art. 5º, IX, da CF/88. In: MORAES, Alexandre de et al. Constituição Federal comentada. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 164-166.

28 ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração universal dos direitos humanos. Resolução 217 A (III). Paris: 10 dez. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 12 nov. 2019.

29 BRASIL. [Constituição (1824)]. Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824). Rio de Janeiro:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazi-
leiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é
garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

[...]

IV. Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e
publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam
de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos
casos, e pela fôrma, que a Lei determinar.

Ainda de acordo com o mesmo estudioso supracitado, desde aquele texto de 1824, e em todas as Cartas seguintes, o relevante tema da liberdade de imprensa manteve assento constitucional.³⁰ Entretanto, o percurso da liberdade de expressão no Brasil foi sempre tortuoso. Apenas para citar alguns momentos históricos lamentáveis, durante o período do Estado Novo, a censura estatal impediu a livre manifestação de pensamento, o que voltaria a ocorrer com a ditadura militar que se instalou no país a partir de 1964.³¹

Em certa medida, pode-se dizer que o histórico nacional de percalços nesse tema motivou a última manifestação do Poder Constituinte Originário a positivar de forma bastante incisiva a garantia fundamental relativa à liberdade de expressão e comunicação.

De maneira resumida, na atual ordem jurídico-constitucional, iniciada em 5 de outubro de 1988, e que se espera longevidade, os direitos relacionados à comunicação social, em sentido amplo, aparecem em diversos dispositivos, especialmente no art. 5º, incisos IV, IX e XIV, e no art. 220, todos da CF/88.

3.3 Liberdade de Expressão como Direito Fundamental

Ante os objetivos traçados no presente trabalho, faz-se necessária uma análise do tema sob o ponto de vista dos direitos e garantias fundamentais, dada sua relevância na doutrina constitucional. Diz o Texto Magno:³²

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

Conselho de Estado, [1834]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 12 nov. 2019.

30 FRANCA FILHO, Marcílio T. Comentários ao art. 220 da CF/88. In: MORAES, Alexandre de et al. Constituição Federal comentada. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 2773-2777.

31 SCHREIBER, Anderson. Comentários ao art. 5º, IX, da CF/88. In: MORAES, Alexandre de et al. **Constituição Federal comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 164-166.

32 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 12 nov. 2019.

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[...]

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

A combinação dos três dispositivos supracitados, sem desconsiderar a importância e aplicabilidade de outros, forma a estrutura do que se convencionou chamar simplificada de “liberdade de expressão”. Contudo, importante destacar a peculiaridade de cada um dos elementos, quais sejam, a manifestação do pensamento, a expressão da atividade intelectual e o acesso à informação, os quais estão contidos, respectivamente nos incisos IV, IX e XIV do art. 5º da Carta Política.

Lembrando que, a liberdade de expressão abrange, como deixa claro o inciso IX do artigo 5º, não apenas as expressões artística, intelectual e científica, mas também, e especialmente, a liberdade de comunicação. De fato, as manifestações artísticas, intelectuais e científicas não fariam qualquer sentido sem a possibilidade de transmiti-las a outros indivíduos. A arte e as descobertas científicas só apresentam real valor quando são comunicadas a outros intelectos. Daí a fundamental importância da livre comunicação, objeto de estudo deste trabalho.

3.4 Proteção aos Meios de Comunicação Social

Analisando o mesmo tema de um outro prisma, pode-se observar que o Constituinte Originário reservou o Capítulo V da Constituição Federal, arts. 220 a 224, para reforçar a importância da comunicação social na ordem jurídica que estava nascendo. Nesse contexto, encontra-se positivado:³³

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

33 Idem.

Na visão de Marcílio Toscano Franca Filho, o Capítulo V da CF/88, com o apropriado nome “Da Comunicação Social”, tem por objetivo imediato criar a moldura jurídica fundamental dos chamados meios de comunicação de massa, ou seja, a imprensa, o jornal, a revista, o rádio, o cinema, a televisão, as diversões e espetáculos públicos e, ultimamente, a internet, a partir de uma exortação à plena liberdade de expressão.³⁴

Para Bernardina, nos arts. 220 a 224, nossa Constituição Federal estabelece diversos princípios que devem nortear a política nacional de comunicação. Além disso, fica claro que a liberdade de expressão projeta-se pela informação, utilizando-se, para tanto, dos veículos de comunicação, dos mais antigos, como o pergaminho, o papiro, o papel e o livro, aos mais atuais, como o telégrafo, o rádio, a televisão, o fax e a internet.³⁵

Apesar da associação imediata da comunicação social com os veículos tradicionais de mídia, tais como imprensa e TV, percebe-se que ambos estudiosos lembraram de citar a Internet como meio de comunicação de massa. De fato, conforme a exposição que se segue, para boa parte da população urbana, em especial os jovens, foi-se o tempo em que o acesso e difusão do conhecimento era dominado pelos grandes grupos editoriais e televisivos.

3.5 Direito de Comunicação e Redes Sociais

Anteriormente, a ampla difusão da informação estava restrita às pessoas físicas e jurídicas com recursos financeiros para arcar com os elevados custos dos veículos de comunicação tradicionais, tais como: jornais, revistas, rádio e TV. De fato, a opinião amplamente difundida era aquela pertencente a uma única pessoa, ou na melhor das hipóteses a opinião de um reduzido grupo editorial. Isso, claramente, caracterizava um verdadeiro monopólio das grandes mídias sobre a comunicação das massas.

Com a popularização da internet a partir dos anos 2000, e o surgimento e expansão das redes sociais desde o ano de 2006, as pessoas passaram a transmitir suas ideias, opiniões e expressões artísticas principalmente através da Internet. E o melhor de tudo, com baixíssimo custo, ou simplesmente sem custo algum. Hoje, qualquer *youtuber*³⁶ ou “tuiteiro”³⁷ pode, sem muito esforço, comunicar seus pensamentos a milhões de pessoas. Com isso, pode-se dizer que o advento das plataformas de comunicação social via Internet fomentou a verdadeira

34 FRANCA FILHO, Marcílio T. Comentários ao art. 220 da CF/88. In: MORAES, Alexandre de et al. Constituição Federal comentada. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 2773-2777.

35 ABRÃO, Bernardina F. F. Comentários ao art. 220 da CF/88. In: COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da (org.); FERRAZ, Anna Candida da C. (coord.). Constituição Federal interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 9. ed. Barueri: Manole, 2018. p. 1123-1124.

36 Youtuber é aquela pessoa que faz vídeos para o YouTube, site onde as pessoas podem postar vídeos que ficarão disponíveis para visualização na internet.

37 Tuiteiro é aquele que se comunica, transcreve notícias e faz comentários sobre diversos assuntos no Twitter, site da Internet que é uma espécie de diário em tempo real.

democratização da liberdade de expressão; com a devida ressalva ao grave problema das *fake news*³⁸, que não cabe discutir nesse artigo.

Nesse momento, cabe destacar o importante alerta de Anderson Schreiber quanto à noção de “liberdade de informação”, a qual estaria sendo erroneamente chamada “liberdade de imprensa”. Em sua visão, o exercício da liberdade de informação não é uma prerrogativa de jornalistas ou entidades jornalísticas, tendo em vista que essa liberdade se caracteriza como direito de receber, acessar ou difundir informações.³⁹ Nesse entendimento, a plena liberdade de informação poderia ser exercida por todos.

Tendo em vista a popularidade das plataformas de comunicação social via Internet, aos estudiosos do Direito resta indagar em que medida a natureza jurídica de uma rede social como Facebook⁴⁰, Twitter ou WhatsApp se aproxima da natureza jurídica de um veículo de comunicação tradicional como Folha de São Paulo, TV Globo ou Revista Veja. Importante frisar que o foco da presente reflexão é a atividade de comunicação social em si, abstraindo o fato de que uma emissora de TV, por exemplo, faz parte de um regime jurídico de outorga, dada à utilização do espectro de radiofrequências, que é considerado bem público.

Se do ponto de vista do exercício da atividade de comunicação social, for viável considerar semelhante a natureza jurídica da Revista Veja e do Twitter, cabe questionar se, como ocorre com a primeira, estaria o pleno funcionamento dessa última igualmente assegurado pelo dispositivo constitucional que estabelece:⁴¹

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo **não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.**

§ 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em **qualquer veículo de comunicação social**, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

4 CONTROVÉRSIA DOS BLOQUEIOS LEVADA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

De um lado, autoridades de segurança pública e o Poder Judiciário, do outro, empresas da Internet, operadoras de telefonia e a sociedade civil, os anos de 2015 e 2016 foram marcados por eventos de agitação social e pelo surgimento de discussões jurídicas relacionadas ao direito fundamental à

38 Fake News é uma expressão do inglês que foi incorporada ao uso português brasileiro. Essa expressão significa “notícia falsa”, compartilhada, geralmente na Internet, por usuários de redes sociais e sites ilegítimos.

39 SCHREIBER, Anderson. Comentários ao art. 5º, IX, da CF/88. In: MORAES, Alexandre de et al. **Constituição Federal comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 164-166.

40 Facebook é um serviço de rede social para compartilhamento de dados e troca de ideias. Esse site foi lançado em 4 de fevereiro de 2004, e é operado pela empresa Facebook Inc.

41 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 12 nov. 2019.

comunicação que estaria sendo violado pelo Estado. Diante disso, o Supremo Tribunal Federal, foi formalmente chamado a se manifestar sobre a matéria em duas ações do controle concentrado de constitucionalidade, a saber, a ADPF 403 e a ADI 5527, as quais são discutidas nas próximas subseções.

4.1 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 403

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 403⁴² foi proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS), em 3 de maio de 2016, contra a decisão do Juiz da Vara Criminal de Lagarto (SE), que bloqueou o aplicativo de comunicação WhatsApp. Lembrando que o incidente objeto dessa ação foi o terceiro do tipo, passados cerca de 1 ano e 3 meses desde o primeiro, ou seja, os juristas já tinham começado a discutir o tema. Na petição inicial, o principal argumento é que a decisão atacada viola o preceito fundamental da liberdade de comunicação, prevista no art. 5º, inciso IX, da Constituição da República.⁴³

Além da explanação do fundamento jurídico principal, o autor da arguição cita as duas ordens anteriores de bloqueio, e como essas decisões foram derrubadas pelos tribunais do Piauí e de São Paulo, sob o argumento da falta de razoabilidade da medida. Também é mencionado que o magistrado que proferiu a decisão objeto dessa ADPF é o mesmo que, dois meses antes, havia determinado a prisão do vice-presidente do Facebook na América Latina, o argentino Diego Dzorán, o qual foi preso, mas solto no dia seguinte por decisão de um desembargador do TJSE que considerou aquela prisão ilegal.⁴⁴

Nessa arguição, o pedido de concessão de medida cautelar para a suspensão imediata do ato impugnado é fundamentado da seguinte forma:⁴⁵

A violação ao preceito fundamental da **liberdade de comunicação** é tão flagrante que tal medida não pode prevalecer por mais tempo, impondo-se a imediata suspensão do decisor judicial impugnado.

De modo surpreendente, o autor incluiu no tópico dos pedidos da peça inaugural dessa ADPF algo que pode ser considerado juridicamente inviável, por ser um pedido muito abrangente e

42 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 403. Direito administrativo e outras matérias de direito público. Controle de constitucionalidade. Garantias constitucionais. Relator: Min. Edson Fachin. Recebimento: 03 de maio de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4975500>. Acesso em: 12 nov. 2019.

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 403 - Petição inicial. Autor: Partido Popular Socialista (PPS). p. 2-4. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=544597914&prcID=4975500#>. Acesso em: 12 nov. 2019.

44 Ibidem. p. 6-8.

45 Ibidem. p. 9.

genérico. Resumidamente, sem ponderar princípios ou hipóteses nas quais fosse inconstitucional o bloqueio judicial, o autor pede ao STF que proíba qualquer suspensão futura do aplicativo, conforme se pode observar no seguinte trecho:⁴⁶

EM PROVIMENTO FINAL E DEFINITIVO, que seja julgado o presente pedido de arguição de descumprimento de preceito fundamental, para reconhecer a existência de violação ao preceito fundamental à comunicação, nos termos do art. 5º, inciso IX, com a finalidade de **não mais haver suspensão** do aplicativo de mensagens WhatsApp **por qualquer decisão judicial**;

Essa ADPF foi distribuída para a relatoria do Ministro Edson Fachin, que seguindo o processo solicitou o parecer da Procuradoria-Geral da República. A PGR opina, em caráter preliminar, pelo não conhecimento da ADPF e, conseqüente, extinção do processo sem resolução de mérito. Tal manifestação da PGR baseia-se principalmente na questão do pedido principal do autor, fazendo a seguinte sustentação:⁴⁷

Em realidade, o arguente requer, por meio da ADPF, impedir decisões judiciais futuras que suspendam o programa de comunicação WhatsApp, com o que interfere na atuação judicial e **cria verdadeira imunidade jurisdicional** em favor da empresa que explora essa ferramenta, a WhatsApp Inc., com sede na Califórnia, Estados Unidos da América.

A propositura da ADPF 403 é um marco importante na discussão do tema. Principalmente, porque após o deferimento de uma medida cautelar no curso desta ação, os juízes deixaram de solicitar novos bloqueios do aplicativo de mensagens. Além disso, o fato dessa arguição ainda estar em julgamento pelo STF, mesmo com a questão do pedido juridicamente inviável, só reforça a ideia de que o Pretório Excelso entende que não se deve dar uma resposta apressada para uma questão tão complexa. Entretanto, havendo um amadurecimento e consolidação do entendimento do tema, tanto nos Tribunais locais, quanto no próprio STF, é provável que seja dada outra solução jurídica à questão, e a ADPF 403 seja indeferida ou extinta sem resolução de mérito.

46 Idem.

47 BRASIL. Procuradoria-Geral da República. Parecer nº 116.363/2016-AsJConst/SAJ/PGR. Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11045718&prcID=4975500&ad=s#>. Acesso em: 12 nov. 2019.

4.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5527

A petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5527⁴⁸ foi apresentada ao STF pelo Partido da República (PR), em 13 de maio de 2016, contra o art. 10, §2º, e o art. 12, III e IV, da Lei n. 12.965, o Marco Civil da Internet. Deve-se notar que essa ação foi proposta apenas dez dias após a propositura da ADPF 503, ou seja, quanto as pessoas ainda estavam falando daquele fatídico evento no qual o WhatsApp ficou indisponível por mais de 24 horas.

De modo geral, a peça inaugural da ADI 5527 apresenta notáveis diferenças se comparada à petição da ADPF 403. Obviamente, trata-se de ações diferentes, com objeto e hipóteses de cabimento diferentes. Entretanto, pode-se facilmente notar que essa ADI, em suas 40 páginas, fornece todas as informações necessárias a um bom julgamento. De fato, essa ação traz, além da narração pormenorizada de todos os bloqueios anteriores, um conjunto de argumentos baseados na Constituição, leis, jurisprudência, doutrina, dados estatísticos, e até mesmo citação de decisões das cortes americanas.

Seria difícil mencionar nesse trabalho todas as questões levantadas pelo autor da ADI 5527. Desse modo, faz-se aqui apenas uma breve análise da estratégia adotada pelos advogados que assinam a petição, os quais se empenham em convencer os ministros do STF quanto à inconstitucionalidade dos atos praticados pelo próprio judiciário ao aplicar penas de suspensão de aplicações da Internet.

A fim de cortar o mal pela raiz, solicita-se a concessão de medida cautelar para suspender a vigência dos incisos III e IV do art. 12 do MCI, até o julgamento definitivo do mérito dessa ADI. Como todos os bloqueios do WhatsApp foram fundamentados na interpretação errônea desses dispositivos, conforme explicado anteriormente, nada mais lógico que pedir a suspensão temporária da vigência de tais dispositivos. Aqui, cabe ressaltar que esse pedido de medida cautelar não foi deferido. Nesse contexto, o primeiro pedido de mérito é a declaração de inconstitucionalidade dos mesmos incisos supracitados.

Quanto ao terceiro pedido, observa-se a aplicação de um conhecimento mais aprofundado da doutrina constitucional, onde se lê:⁴⁹

Subsidiariamente, requer-se a adoção da técnica de declaração de **nulidade parcial sem redução de texto** do art. 12, III e IV, da Lei n.º. 12.965/14, de forma a afastar a sua aplicação aos aplicativos de troca de mensagens virtual; ou, por último, **que se dê interpretação conforme** a tais dispositivos, condicionando-se, em consequência, a aplicação das sanções de suspensão temporária e de proibição do exercício das atividades somente após as sanções previstas no art. 12, I e II, mostrarem-se frustradas.

48 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5527. Direito administrativo e outras matérias de direito público. Controle de constitucionalidade. Garantias constitucionais. Relator: Min. Rosa Weber. Recebimento: 16 de maio de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4983282>. Acesso em: 12 nov. 2019.

49 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5527 - Petição inicial. Autor: Partido da República (PR). p. 40. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=548294060&prcID=4983282#>. Acesso em: 12 nov. 2019.

Mesmo com o parecer desfavorável da PGR, ao solicitar uma declaração de nulidade sem redução de texto, ou que se dê interpretação conforme a Constituição, o autor permite, sem dúvida, que se abra um horizonte de possibilidades para os ministros julgadores deferirem o pedido, segundo os próprios critérios do STF, que busca não comprometer a segurança jurídica das questões apreciadas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que à primeira vista possam parecer fatos corriqueiros, os bloqueios judiciais do WhatsApp trouxeram à tona importantes discussões relacionadas não apenas ao Direito Digital, mas principalmente ao Direito Constitucional. Nesse sentido, a presente pesquisa buscou apresentar uma reflexão das implicações jurídicas e sociais decorrentes da batalha judicial travada entre os próprios magistrados e a empresa WhatsApp.

Inicialmente, tendo sido apresentado um pequeno, mas elucidativo, grupo de dados estatísticos relacionados à inclusão digital dos brasileiros, foi possível explicar, ainda que em parte, o impacto social resultante da suspensão das atividades de um serviço da Internet. Num país com cerca de 210 milhões de habitantes e 185 milhões de celulares pessoais conectados à Internet, não precisa ser nenhum matemático para concluir que a suspensão de um serviço gratuito amplamente utilizado causaria “caos social”.

Adiante, partindo da enumeração cronológica e detalhada dos quatro episódios de bloqueio do aplicativo WhatsApp, conseguiu-se traçar um caminho para a identificação dos principais argumentos jurídicos favoráveis e contrários à aplicação de tal medida. Nesse sentido, vale ressaltar que, ainda que os juízes responsáveis pelas ordens de bloqueio da referida aplicação tenham dado interpretação errônea ao Marco Civil da Internet, que na verdade é uma Declaração de Direitos do Cidadão, não se pode considerar completamente ilegítima a pretensão de que toda empresa, na pessoa de seus administradores, deva colaborar com a Justiça brasileira.

Quanto à liberdade de comunicação, possivelmente o direito violado de modo mais evidente no caso em análise, o presente trabalho possibilita um entendimento das origens e da importância do direito de comunicação na ordem jurídico-constitucional brasileira. Nesse aspecto, vale ressaltar a relevante distinção doutrinária traçada entre liberdade de expressão e direito de comunicação, visto ser esse uma espécie daquela. O direito de comunicação dos cidadãos é algo tão caro, que a Constituição reservou um capítulo inteiro para tratar desse assunto. E esse capítulo, conforme aprendido na presente pesquisa, aplica-se tanto aos meios de comunicação tradicionais quanto às redes sociais e demais aplicações da Internet.

Caminhando para o final da presente pesquisa, da análise dos argumentos fáticos e jurídicos apresentados nas petições iniciais da ADPF 403 e da ADI 5527, bem como do tratamento que o STF tem dado a essas ações, combinado com a manifestação da PGR para ambas, é possível concluir que o Supremo deve julgar o mérito da presente controvérsia na ADI, e não na ADPF.

Provavelmente, o Supremo vai encontrar um meio de reforçar a inviolabilidade da livre comunicação em qualquer meio, sobretudo na Internet, mas sem criar impedimentos a uma intervenção excepcionalíssima do Judiciário. É realmente muito difícil prever qual a solução criativa que o STF irá apresentar dessa vez, mas deve ser algo na linha de dar interpretação conforme a Constituição, harmonizando as sanções previstas no MCI às garantias estabelecidas na Carta Magna, sobretudo no artigo 220 desta, o qual trata especificamente da inviolabilidade dos meios de comunicação social.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Bernardina F. F. Comentários ao art. 220 da CF/88. *In*: COSTA MACHADO, Antônio Cláudio da (org.); FERAZ, Anna Candida da C. (coord.). **Constituição Federal interpretada**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 9. ed. Barueri: Manole, 2018. p. 1123-1124.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Dados do serviço de banda larga fixa**. Brasília: ANATEL, 2019. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/dados/acessos-banda-larga-fixa>. Acesso em: 12 nov. 2019.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Dados do serviço de telefonia móvel pessoal**. Brasília: ANATEL, 2019. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/dados/acessos-telefonia-movel>. Acesso em: 12 nov. 2019.

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. Resolução 217 A (III). Paris: 10 dez. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 12 nov. 2019.

BARIFOUSE, Rafael; DUARTE, Fernando; BARRUCHO, Luis Guilherme. **Por que o bloqueio do WhatsApp não vingou - e como isso afetará a briga entre empresas de internet e Justiça**. São Paulo: BBC BRASIL, 2015. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/12/151217_desbloqueio_whatsapp_repercussao_rb. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Rio de Janeiro: Conselho de Estado, [1834]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Marco Civil da Internet. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. Procuradoria-Geral da República. **Parecer nº 116.363/2016-AsJConst/SAJ/PGR**. Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11045718&prcID=4975500&ad=s#>. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5527**. Direito administrativo e outras matérias de direito público. Controle de constitucionalidade. Garantias constitucionais. Relator: Min. Rosa Weber. Recebimento: 16 de maio de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4983282>. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5527 - Petição inicial**. Autor: Partido da República (PR). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=548294060&prcID=4983282#>. Acesso em: 12 nov. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 403**. Direito administrativo e outras matérias de direito público. Controle de constitucionalidade. Garantias constitucionais. Relator: Min. Edson Fachin. Recebimento: 03 de maio de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4975500>. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 403 - Petição inicial**. Autor: Partido Popular Socialista (PPS). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=544597914&prcID=4975500#>. Acesso em: 12 nov. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 403**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 16 de julho de 2016. Medida cautelar deferida. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11398261&prcID=4975500&ad=s#>. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Despacho. **Mandado de Segurança nº 2271462-77.2015.8.26.0000**. 11ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Desembargador Xavier de Souza, 17 de dezembro de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/tj-sp-suspende-bloqueio-whatsapp.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Sergipe. Decisão. **Processo nº 201655090143**. Vara Criminal da Comarca de Lagarto. Juiz: Marcel Maia Montalvão, 26 de abril de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11117614&prcID=4975500#>. Acesso em: 12 nov. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Sergipe. Reconsideração. Decisão concessiva de liminar. **Mandado de Segurança nº 201600110899**. Relator: Desembargador Ricardo Múcio Santana de Abreu Lima, 03 de maio de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10893506&prcID=4975500#>. Acesso em: 12 nov. 2019.

CANÁRIO, Pedro. **Desembargador do TJ de São Paulo suspende bloqueio ao aplicativo WhatsApp**. Consultor Jurídico (Conjur), São Paulo, 17 dez. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-17/tj-sao-paulo-suspende-bloqueio-aplicativo-whatsapp>. Acesso em: 12 nov. 2019.

CONSULTOR JURÍDICO. **Decisão que suspendia WhatsApp em todo o Brasil é derrubada no TJ-PI**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-26/decisao-suspendia-whatsapp-brasil-derrubada-tj-pi>. Acesso em: 12 nov. 2019.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **Nota de Esclarecimento**: em razão de decisão da Exma. Juíza da 1ª Vara Criminal do Foro de São Bernardo do Campo (SP), que envolve suspensão do Whatsapp em todo o território nacional. São Paulo, 17 dez. 2015. Disponível em: <https://cgi.br/esclarecimento/nota-de-esclarecimento-dezembro-2015/>. Acesso em: 12 nov. 2019.

FOLHA DE SÃO PAULO. **WhatsApp diz ter 38 milhões de usuários no Brasil**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/tec/2014/02/1418158-whatsapp-diz-ter-38-milhoes-de-usuarios-no-brasil.shtml>. Acesso em: 12 nov. 2019.

FRANCA FILHO, Marcílio T. Comentários ao art. 220 da CF/88. In: MORAES, Alexandre de *et al.* **Constituição Federal comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 2773-2777.

G1 (GLOBO NOTÍCIAS). **Decisão de juiz do Piauí manda tirar WhatsApp do ar em todo o Brasil**. Disponível em: <http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2015/02/decisao-de-juiz-do-piaui-manda-tirar-whatsapp-do-ar-em-todo-o-brasil.html>. Acesso em: 12 nov. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação**. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em: 12 nov. 2019.

LUCENA NETO, Claudio de. **Bloqueio do WhatsApp e direito à comunicação**. Observatório do Marco Civil da Internet. Seção Jurisprudência. ISSN 2526-3293. Disponível em: <http://www.omci.org.br/jurisprudencia/140/bloqueio-do-whatsapp-e-direito-a-comunicacao/>. Acesso em: 12 nov. 2019.

MEIRELES, Cecília. **Romanceiro da inconfidência**. Romance XXIV ou Da bandeira da inconfidência. 13. ed. São Paulo: Global Editora, 2019.

SCHREIBER, Anderson. Comentários ao art. 5º, IX, da CF/88. In: MORAES, Alexandre de *et al.* **Constituição Federal comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 164-166.

ECO TRIBUTAÇÃO: PERSPECTIVAS DA PROTEÇÃO AMBIENTAL POR INCENTIVOS FISCAIS

Juliane Lopes da Silva
Prof^á. Orientadora: Eliana Pulcinelli

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo abordar a proteção do meio ambiente através da interseção do Direito Ambiental e do Direito Tributário. Trata-se de uma pesquisa acerca da extrafiscalidade e sua atuação conjunta aos princípios ambientais contidos na Constituição Federal de 1988, em seu art. 225 que traz em seu conteúdo a preservação e garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e futuras gerações. Analisa-se como o Direito Ambiental Tributário poderia interceder nas práticas ambientais como instrumento regulatório e quais são os principais tributos de competência da União, Estados e Municípios que atuam em diferentes fontes nessa seara seja por meio dos incentivos para a preservação, seja para desestímulo a comportamentos nocivos. Foi realizada também uma comparação entre experiências internacionais e casos de empresas brasileiras que promovem a sustentabilidade mediante práticas positivas. Essa pesquisa pretende, pois, demonstrar como é possível a atuação da coletividade na defesa do bem comum através de um compromisso ético que envolve toda a sociedade.

Palavras-Chave: Direito Ambiental. Direito Tributário. Meio Ambiente. Regulação. Sustentabilidade.

INTRODUÇÃO

A pesquisa realizada na presente monografia visa analisar a atuação do Direito Tributário Ambiental na defesa do meio ambiente através dos ditames constitucionais.

A questão ambiental vem apresentando grande relevância mundial nas últimas décadas. Com o crescimento da economia em virtude da exploração exacerbada dos recursos naturais pelo homem, seja pela extração de matéria prima, seja pela utilização do meio ambiente como depósito de resíduos resultantes dos processos industriais e do consumo, surge a necessidade de amenizar esses impactos e de buscar um alinhamento entre atividade econômica e a sustentabilidade.

A Constituição brasileira apresenta a temática do meio ambiente como garantia fundamental em seu texto no art. 225 e, em seu art. 170, pode-se verificar a autorização constitucional para intervenção na economia por parte do Estado para induzir condutas e proteger o meio ambiente. Essa intervenção ocorre com a utilização do princípio do poluidor-pagador, onde o agente poluidor arca com os custos dos danos causados por ele ao meio ambiente. Os incentivos fiscais surgem nesse cenário como atrativo econômico oferecido pelo poder público para a aplicação da sustentabilidade ambiental e a divulgação de políticas públicas para disseminar a consciência ecológica na sociedade e o dever da preservação do meio ambiente para a presente e futuras gerações, na tentativa de sanar os danos já existentes e prevenir danos futuros.

Diante do exposto, surgiram alguns questionamentos que nortearão a presente pesquisa, quais sejam: Qual é o papel do Direito Tributário Ambiental na garantia da sustentabilidade? De que forma as políticas públicas podem promover a melhoria na manutenção e preservação do meio ambiente através dos incentivos fiscais? Quais seriam as vantagens obtidas por meio dos incentivos fiscais?

Respondendo à primeira questão, pode-se dizer que para que haja a efetivação do direito fundamental ao meio ambiente descrito na Carta Magna é necessária a intervenção do Estado na Ordem Econômica com a finalidade de implementar na sociedade a prática da sustentabilidade. No que diz respeito à segunda indagação, tem-se que as políticas públicas implementam consciência e posturas preservacionistas para o controle das condutas que degradam o meio ambiente. Projetos com os estágios de preservação, redução e recuperação do que já foi degradado servem como programas preventivos, concedendo incentivos àqueles que adotam políticas sustentáveis.

A intervenção como forma de proteção deve surgir no início dos processos de produção, respeitando os princípios ambientais da prevenção e precaução. A prevenção terá uma eficácia muito maior em relação à repressão. Prevenir tem um custo menor e uma ação mais eficaz que a reconstrução de um meio ambiente danificado. Com relação ao terceiro questionamento pode-se sustentar que a vantagem obtida através dos incentivos fiscais seria a atuação da iniciativa privada não apenas cumprindo a lei, mas também atuando como agente de proteção e obtendo benefícios, o que a levaria a realizar sua atividade com maior eficiência e obter lucros ao recolher tributos com menores cargas .

A presente pesquisa tem como objetivo perquirir o caráter não sancionatório da tributação ambiental, analisar as espécies tributárias utilizadas na efetivação da tutela ambiental, examinar, dentro das possibilidades conferidas pela legislação pátria, os benefícios fiscais que podem ser aplicados como incentivo à prática econômica alinhada à proteção ao meio ambiente, e por fim discutir a adoção de políticas públicas para a promoção da sustentabilidade.

O tema abordado na presente pesquisa é de extrema importância para a sociedade e para manutenção de um meio ambiente saudável. Mais que uma obrigação, a proteção do ecossistema em que vivemos deve ser vista como uma preocupação latente, pois atinge a sociedade como um todo, cabendo ao poder público, à iniciativa privada e ao consumidor atuarem como

responsáveis na promoção da sustentabilidade ambiental. Através desta necessidade surge a fusão dos ramos do direito tributário e ambiental na garantia das práticas ambientalmente adequadas onde a tributação induz a iniciativa privada a agir para a preservação do meio ambiente. O direito tributário ambiental possui notória eficiência neste aspecto com tributos ecológicos através do princípio do poluidor pagador, porém os incentivos fiscais constituem atrativos economicamente conscientes de forma a atuar no início do processo de exploração dos recursos naturais e mantendo a sustentabilidade garantida pela nossa Lei Maior com status de direito fundamental.

A metodologia da pesquisa será desenvolvida através de estudo acerca das referências doutrinárias, jurisprudenciais e normativas sobre o tema.

A estrutura do trabalho dogmático deverá ter sua pesquisa baseada no tripé doutrina, legislação e jurisprudência, exigindo que o fruto da pesquisa seja apresentado como atividade racional e sistemática, o que exige planejamento e método conforme Monteiro e Savedra.¹ No segundo momento será realizada pesquisa sobre a adoção de programas de práticas ambientais pelas empresas brasileiras. Com todo o material coletado, será feita a interpretação das informações para que seja possível chegar a uma conclusão que esclareça as hipóteses levantadas na pesquisa.

No curso deste trabalho serão apresentadas considerações sobre o conceito de meio ambiente ecologicamente equilibrado, e sua importância como direito fundamental sob a luz da Constituição de 1988, a origem do ideal de proteção e promoção do meio ambiente e os princípios ambientais contidos em nossa Carta Magna.

Por conseguinte, será abordada nesta oportunidade a atuação do Direito Tributário Ambiental e como esta ciência atua de forma eficaz na preservação do meio ambiente sadio para a coletividade, através da extrafiscalidade.

Por fim, será apresentado como a extrafiscalidade estimula as boas práticas ambientais através de incentivos fiscais e como desestimula comportamentos nocivos ao meio ambiente através de casos concretos de “eco tributos” atuando nas esferas da União, Estados, Municípios e o reflexo perante a iniciativa privada cujas empresas vêm contribuindo com engajamento maciço na preservação e manutenção do meio ambiente natural, genético, cultural e do trabalho, obtendo reconhecimento internacional por sua atuação e trazendo a discussão da importância de políticas públicas para a proteção e manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e obtenção de uma sociedade justa.

1 MONTEIRO, Geraldo Tadeu M.; SAVEDRA, Mônica Maria G. **Metodologia da pesquisa jurídica**. Rio de Janeiro : Renovar, 2001, p. 101.

2 **ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO**

2.1 **Conceituação de meio ambiente ecologicamente equilibrado**

A expressão meio ambiente não possui um conceito específico, tendo referência no dicionário como tudo o que faz parte do meio em que vive o ser humano e outras formas de seres vivos e coisas.

Em nossa Constituição, a preocupação do legislador foi apenas de determinar a proteção do meio ambiente, ficando a cargo do dispositivo infraconstitucional fazê-lo, como podemos observar na Lei nº 6.938/81 de Política Nacional de Meio Ambiente (PNMA) em seu art. 3º, I, como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Quanto à doutrina relacionada ao que tange o Direito Ambiental brasileiro, encontramos alguns conceitos de forma mais ampla e atualizada abrangendo ideias de um meio ambiente como parte indivisível de um conjunto que abrange elementos naturais, artificiais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas, como José Afonso da Silva² defende.

Ricardo Lobo Torres³ também sustenta de forma antropocêntrica que a questão ambiental gira em torno da pessoa humana e em seu direito de habitar em um ambiente saudável e com sua natureza respeitada em todo o seu entorno.

Para Paulo Bessa Antunes:

Meio ambiente compreende o humano como parte de um conjunto de relações econômicas, sociais e políticas que se constroem a partir da apropriação dos bens naturais que por serem submetidos à influência humana, transformam-se em recursos essenciais para a vida humana em quaisquer de seus aspectos. A Construção teórica da natureza como recurso é o seu reconhecimento como base material da vida em sociedade.⁴

Destarte, pode-se perceber que o conceito de meio ambiente ultrapassa a ideia de natureza bruta, trazendo classificações e tutelas quanto as suas categorias de bens ambientais que se diversificam em: meio ambiente genético, o qual consiste o patrimônio de origem genética

2 SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. São Paulo: Malheiros. 2002. p.20.

3 TORRES, Ricardo Lobo. Valores e Princípios no direito tributário ambiental. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). Direito Tributário Ambiental. São Paulo: Malheiros, 2005, p.24.

4 ANTUNES, Paulo Bessa. Direito Ambiental. 18 ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda, 2016.

da pessoa humana, de espécimes de vegetais, fúngicas, microbianas ou animais⁵, meio ambiente natural, que abrange os recursos naturais que compõem a natureza física como água, ar, fauna e flora, meio ambiente artificial, o qual refere-se ao espaço onde habita a pessoa humana, meio ambiente cultural, formado por elementos artificiais e naturais, materiais e imateriais referentes à história, hábitos e cultura de diversos ou determinado grupo que compõe a sociedade brasileira e meio ambiente do trabalho que disciplina condições sobre o local de desenvolvimento de atividades laborais e preservação da saúde da pessoa humana.

Deste modo, os conceitos buscam contribuir e promover a proteção do meio ambiente de forma equilibrada, conjunta e interdependente entre todos os seus elementos em prol da pessoa humana e da natureza, sendo impossível eleger qual seria mais relevante, pois todos contribuem para a manutenção de todos os tipos de vidas existentes.

2.2 Constitucionalização da proteção do meio ambiente e sua tutela como direito fundamental

Segundo Antônio Herman Benjamin⁶, no ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal é considerada o dispositivo mais importante de proteção ao meio ambiente. Esta positivação do direito ao meio ambiente sustentável de nossa lei maior tem como influência a Declaração de Estocolmo originária da Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente Humano, em Estocolmo, no ano de 1972, onde se estabeleceu 26 princípios norteadores para a questão ambiental. O assunto se popularizou em 1987 com Relatório de Brundtland⁷, o qual preconizava o ideal de desenvolvimento sustentável, cujo objetivo seria atender às necessidades do presente sem prejudicar as gerações futuras de também atenderem suas próprias necessidades, ou seja, a ideia de antecipação segundo Celso Antônio Pacheco Fiorillo⁸, quando se trata dos princípios gerais na questão jurídica ambiental, na manutenção de um meio ambiente equilibrado para o futuro através do princípio da precaução e seu sentido de solidariedade.

A Constituição brasileira traz em seu texto a orientação por um desenvolvimento sustentável como observa Juarez Freitas:

5 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Direito ambiental tributário**. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação 2018, p.35.

6 BENJAMIN, Antônio Herman. **Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira**. In.: CANOTILHO, J.J.G ; LEITE, J.R.M.(Org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.88.

7 O Relatório de Brundtland recebeu esse nome devido homenagem à primeira ministra da Noruega Gro Harlem Brundtland que chefiou a Comissão Mundial de meio ambiente para estudar o assunto. O relatório também é intitulado como Relatório Nosso Futuro Comum. CMMAD – Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Nosso futuro comum. 2a ed. Tradução de Our common future. 1a ed. 1988. Rio de Janeiro : Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

8 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Eis que o conceito proposto para o princípio da sustentabilidade: Trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar⁹.

O meio ambiente é direito difuso de terceira geração, não competindo apenas ao poder público a sua gerência. É também responsabilidade de toda a sociedade, o que faz com que outros ramos do direito contenham instrumentos capazes para sua proteção, dentre eles o direito tributário como afirma Marciano Buffon.¹⁰

Esta preocupação foi debatida no Brasil, no evento ECO/92¹¹ e estava contida em todos os documentos oriundos desta conferência. O desenvolvimento sustentável deverá ocorrer de forma conjunta ao desenvolvimento econômico e social e será regra nesta relação como pregam os professores Aurélio Rios e Cristiane Derani no sentido de que:

o desenvolvimento sustentável traduz um conjunto de valores ancorados em condutas relacionadas à produção, para que o resultado seja a compatibilização da apropriação dos recursos naturais com sua manutenção e construção de um bem-estar.¹²

O desenvolvimento sustentável não é apenas um objetivo do direito ambiental, pois a ideia de sustentabilidade abrange outros setores, como o social e o econômico. Esta interseção ocorre na compatibilização da produção econômica através da utilização de recursos naturais, cujo objetivo seja o bem-estar social. Conforme explicado por Cristiane Derani esta necessidade se explica como:

Ecologia está assentada numa descrição de tempo e espaço, e os processos de transformação de matéria-prima são exercidos sobre um conjunto finito. A economia, ou melhor, o modo de produção moderno, não leva em consideração tempo e espaço, tomando os recursos naturais como infinitos e inesgotáveis, justificando a necessidade de um contínuo crescimento, que se revela por uma geração constante de valor – início e finalidade de toda a produção.¹³

9 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade direito ao futuro**. Belo Horizonte. 2. ed.Fórum.2012.p.41.

10 BUFFON. Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do advogado.2009.

11 A ECO/92 foi a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, no ano de 1992. Também conhecida como cúpula da Terra, reuniu mais de 100 chefes de Estados para debater formas de desenvolvimento sustentável, um conceito relativamente novo à época.

12 RIOS, Aurélio Virgílio Veiga; DERANI, Cristiane. Princípios Gerais do Direito Internacional Ambiental. In: **O Direito e o Desenvolvimento Sustentável**. RIOS, A.V.V e IRIGARAY, C.T.H.(Org.). São Paulo: Petrópolis, 2005.p.89.

13 DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Econômico.3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p.101.

O art. 225 da CF/88 traz em seu conteúdo de forma inovadora e regradora a preocupação e o direito ao meio ambiente. Como afirmam Celso Antônio Pacheco Fiorillo e Renata Ferreira Marques¹⁴, podem-se verificar quatro aspectos referentes ao seu conteúdo: A existência do direito material constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito coletivo, o bem material destinado ao uso comum do povo, a imposição ao poder público de defender e preservar o direito ao meio ambiente e a defesa e preservação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e futuras gerações.

Ao materializar o direito ao meio ambiente, a CF/88 concretiza o cenário para o Direito Ambiental, que consiste em uma ciência nova e autônoma, tendo seus próprios fundamentos, à qual é devida a subordinação. Dentre eles pode-se destacar que o direito ambiental brasileiro está vinculado à dignidade da pessoa humana conforme art. 1º, III, aos valores sociais do livre trabalho e da livre iniciativa, conforme art. 1º, IV, à soberania, art. 1º, I, à cidadania conforme art. 1º, II e ao pluralismo político, conforme art. 1º, V.

Com a regulação do meio ambiente pela CF/88 é necessária também a subordinação de princípios norteadores, presentes nas Declarações Internacionais de Meio Ambiente, na Constituição Federal Brasileira e na Lei nº 6.938/81 de PNMA. A Constituição recepcionou a PNMA em quase todos os seus aspectos, ganhando destaque em seu texto através da expressão ecologicamente equilibrado devido à existência destes princípios base do sistema normativo ambiental. Ganham destaque os seguintes princípios:

Desenvolvimento Sustentável – Consiste na harmonização para equilíbrio do ecossistema e da economia através da adoção de melhores práticas de gestão ambiental e uso racional dos recursos naturais para preservação do meio ambiente, para o presente e para as futuras gerações, conforme art. 4º da Lei nº 6.938/81 de PNMA.

Prevenção – Esse princípio visa à adoção de medidas impeditivas para que o dano não se concretize, atuando para resguardar o interesse da coletividade, evitando ações e danos causados por terceiros, tendo aplicação nos campos judicial, atuando através de liminares diante da possibilidade da ocorrência de dano ambiental, administrativo, atuando através de políticas públicas, e legislativo, criando leis para prevenir danos. O princípio da prevenção atua diante da afirmação, através do conhecimento científico existente, que ocorrerá um dano ambiental na realização de atividades. Conforme José Adércio Leite Sampaio: “A prevenção é a forma de antecipar-se aos processos de degradação ambiental, mediante adoção de políticas de gerenciamento e de proteção dos recursos naturais”.¹⁵

14 FIORILLO, FERREIRA, op. cit. p.22.

15 SAMPAIO, José Adércio Leite. Princípios de direito ambiental: na dimensão internacional e comparada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.70.

Precaução—Assim como o princípio da prevenção, a precaução também atua para evitar danos ambientais, contudo estes institutos não devem ser confundidos, pois o princípio da precaução atua na incerteza científica sobre o dano ambiental, porém com altos índices de probabilidade de que o fato ocorra. Este princípio deve ser implantado através de políticas públicas como meio de intervenção e incentivo da preservação e sustentabilidade do meio ambiente. A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e desenvolvimento trouxe em seu conteúdo, no princípio 15 a seguinte definição do princípio da precaução “[...] Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.¹⁶

Função social da propriedade—ACF/88 em seu art. 5º, XXII e art. 170, III, preconiza o direito de propriedade, porém exige que a propriedade cumpra sua função social, gerando benefícios não só para o titular do direito, mas também atendendo o interesse coletivo preservando o conjunto de bens naturais, o patrimônio histórico e artístico e mantendo o equilíbrio ecológico, conforme art. 1.228 §1º do Código Civil. Esta função social deverá ser cumprida tanto pela propriedade urbana quanto pela propriedade rural.

Informação ambiental – Este princípio é pautado pela Lei nº 10.650/03 de Acesso à Informação Ambiental, e na Lei nº 6.938/81 de PNMA, cujo intuito é garantir o direito sobre dados e informações sobre questões ambientais por parte dos órgãos e entidades que formam o Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA) para que a coletividade tome conhecimento e possa participar de forma consciente sobre estas questões. Conforme Celso Antônio Pacheco Fiorillo e Renata Marques Ferreira¹⁷, a comunicação social está inserida na ordem econômica e financeira constitucional, tendo como princípio norteador a proteção do meio ambiente.

Participação Popular – As questões ambientais são de interesse coletivo e conforme art. 225 da CF/88 tem status de direito fundamental. Devido esta grande importância, torna-se dever do Poder Público e da sociedade trabalhar em conjunto contribuindo na defesa e preservação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Dentre as formas de participação popular nas questões ambientais destacam-se: a atuação de representantes da sociedade civil em órgãos que detenham poderes normativos, como o Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA) e os conselhos estaduais e municipais, a iniciativa popular nos procedimentos legislativos como prega o art. 61, caput e § 2º da CF/88, a realização de referendos sobre leis conforme o art. 14, II, da CF/88 e a participação popular na propositura de ações como por exemplo: a ação civil pública conforme a Lei nº 7.347/85.

¹⁶ Declaração do Rio sobre meio ambiente e o desenvolvimento consiste em uma proposição da ONU para promover o desenvolvimento sustentável, sendo aprovada durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio ambiente realizada no Rio de Janeiro em junho de 1992.

¹⁷ FIORILLO; FERREIRA. op.cit, p.70.

Poluidor-Pagador – Este princípio, previsto na CF/88, em seu art. 225, § 3º, parte da ideia de quem polui deverá ser responsabilizado pelo dano causado ao meio ambiente, porém não pode ser interpretado sob a ótica de que se pago, posso poluir ou poluo porque posso pagar. Como preceituam Celso Antônio Pacheco Fiorillo e Renata Marques Ferreira, o princípio do poluidor-pagador pode ser identificado por dois pontos: “busca evitar a ocorrência de danos ambientais (caráter preventivo) e ocorrido o dano, vista a sua reparação (caráter repressivo)”.¹⁸

Com o princípio do poluidor-pagador, surge a necessidade de uma análise sobre externalidade. Segundo Ana Maria de Oliveira Nusdeo, externalidades podem ser definidas como custos ou benefícios que se transferem de determinadas unidades do sistema econômico para outras ou para a comunidade com um todo, fora do mercado.¹⁹

Ainda, Erika Bechara²⁰ sustenta que as atividades econômicas e industriais produzem externalidades positivas e negativas. As externalidades positivas representam os benefícios proporcionados à sociedade sem uma cobrança direta e as externalidades negativas, os malefícios sem suas respectivas compensações. Erika Bechara ainda afirma que:

Buscando-se equilibrar, portanto, esse quadro, laborou-se o princípio do poluidor pagador, que, de grosso modo, preceitua a internalização das externalidades ambientais negativas, de forma que os prejuízos não sejam mais sentidos pela sociedade e sim pelo seu causador. E a internalização tem um longo alcance pois não se trata de fazer o responsável pela atividade tão somente arcar com as consequências negativas, i.e, com os danos que ela vier a gerar, mas também – e principalmente – em fazê-lo evitar tais consequências, mediante a adoção, já na fase pré-implantação, de todas as medidas de prevenção existentes.²¹

O princípio do poluidor-pagador toma como obrigação “arcar com as despesas de prevenção dos danos contra o meio ambiente e a sua reparação” segundo Gilberto Passos de Freitas²². Deste modo, observa-se que os custos da poluição, sejam causados ou evitados, são de responsabilidade do poluidor e não do Estado ou da sociedade.

Usuário-pagador – O princípio do usuário pagador está contido na Lei nº 6.938/81 de PNMA, em seu art. 4º, VII, onde é afirmada a imposição “ao usuário da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos, ou seja, aquele que utiliza os bens ambientais para fins econômicos, ainda que não cause dano pela utilização, deverá contribuir financeiramente para a coletividade, que é titular dos bens ambientais”.

18 FIORILLO; FERREIRA. op.cit. , p.56.

19 NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **O uso de instrumentos econômicos no direito ambiental**. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2006.p.4.

20 BECHARA, Erika. Tese de Doutorado: **Uma Contribuição ao Aprimoramento do Instituto da Compensação Ambiental Previsto na Lei 9.985/2000**, 2007, Faculdade de Direito da PUC/ SP, orientadora: Profa Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida.

21 Idem.

22 FREITAS, Gilberto Passos de. **Ilícito penal ambiental e reparação do dano**. São Paulo: RT, 2005.p.45.

Conforme Paulo Afonso de Leme Machado: “a compensação ambiental apresenta várias facetas. Uma delas é fazer com que a contribuição financeira seja paga antes que o dano aconteça no sentido de evitá-lo. Outra forma de implementação é fazer com que a contribuição financeira seja um investimento na redução ou mitigação dos danos prováveis ao meio ambiente”²³. Esta contribuição financeira deverá ser paga ao Poder Público como intuito de gerir a proteção do meio ambiente.

Devido a tantos problemas de ordem ambiental e a preocupação da comunidade internacional, foram instituídos fundamentos e princípios para a proteção do meio ambiente, onde o Poder Público e toda a sociedade são responsáveis pela preservação e existência humana com dignidade. Destarte, mediante a essa necessidade, o ordenamento brasileiro traz em sua Carta Magna um capítulo específico sobre o tema de forma pioneira no ordenamento jurídico pátrio.

3 A EXTRAFISCALIDADE NO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL: O USO DO TRIBUTO COMO INSTRUMENTO REGULATÓRIO

3.1 O Direito Tributário ambiental

A Carta Magna prega a defesa do meio ambiente como princípio orientador da ordem econômica em seu art. 170, VI, dando poderes ao Estado para atuação na seara econômica e financeira com o objetivo de garantir a todos o direito a um meio ambiente saudável e equilibrado em consonância com o crescimento econômico.

A preocupação com o meio ambiente e a busca por um desenvolvimento sustentável vem tomando grande proporção e prioridade mundial em relação às políticas públicas. Esta preocupação é consequência do crescimento econômico atrelado à exploração ambiental. Deste modo, o direito torna-se fundamental para regular a relação entre economia e meio ambiente no âmbito nacional, o que faz surgir a interdisciplinaridade entre o direito tributário e o direito ambiental como meio de promoção da sustentabilidade através da extrafiscalidade.

Neste sentido, Samia Moda Cirino defende que:

Os instrumentos econômicos visam complementar os mecanismos normativos e corrigir, indiretamente, as disfunções ambientais. A sua principal característica consiste na pressão indireta que exercem sobre as atividades poluidoras, influenciando no custo dos bens e serviços, induzindo, induzindo a condutas menos deletérias. Dentre esses instrumentos destaca-se a tributação ambiental, como eficiente mecanismo econômico capaz de induzir as atividades privadas a adotarem técnicas e produtos menos poluentes.²⁴

23 MACHADO, Paulo Afonso de Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.p.96.

24 CIRINO, Samia Moda. **Direito Tributário Ambiental: Benefícios fiscais às empresas para proteção do direito fundamental ao meio ambiente**. Artigo extraído da Dissertação de Mestrado apresentadas ao Programa de Pós graduação Stricto sensu sob orientação da Professora e Dr^a. em Direito do Estado – Direito Tributário Marlene Kempfer Bassoli. Publicada na revista Scientia Iuris, Londrina, v.12 p.177-198, 2008.

Destarte, constata-se que é necessário por parte das empresas agirem sob uma nova ótica de planejamento econômico, pautada na utilização consciente dos recursos pertencentes ao meio ambiente através do desenvolvimento de uma atividade que apresente sustentabilidade e produtividade.

Preleciona Heleno Taveira Torres o estudo do Direito Tributário Ambiental tem o objetivo defendido como:

Ramo da ciência do direito tributário que tem por objeto o estudo das normas jurídicas tributárias elaboradas em concurso com o exercício de competências ambientais, para determinar o uso de tributo na função instrumental de garantia ou preservação de bens ambientais.²⁵

Jorge Henrique de Oliveira Souza também sustenta que:

Temos, portanto, que o Direito, como instrumento para alterar os comportamentos humanos com o escopo de alcançar determinados interesses sociais, poderá agir de duas formas (i) por intermédio de normas que estabelecem sanções civis, administrativas ou penais para os atos que repudia; ou (ii) da gradação de tributos como forma de desestímulo ou incentivo às condutas desejadas, situação em que se verifica o caráter extrafiscal da exigência. Justamente por esta última razão verifica-se a possibilidade dos chamados tributos ambientais serem utilizados para o atingimento do disposto nos artigos 170, VI e 225 da Constituição Federal.²⁶

Portanto, o Direito Tributário e seus institutos de intervenção econômica, somados à interpretação dos princípios que regem o Direito Ambiental, tornam-se molas propulsoras para a edificação de uma ordem econômica orientada para a construção e preservação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado pautados na Constituição brasileira.

3.2 A finalidade fiscal e extrafiscal dos tributos

Para entendermos a atuação do direito tributário em consonância com o direito ambiental, é necessária a análise dos conceitos e finalidades de tributo. O tributo possui a característica de financiar a atividade estatal através da arrecadação de recursos para a manutenção das funções do Estado de intervenção e desenvolvimento da sociedade. Segundo Ricardo Alexandre²⁷, elas podem ocorrer de duas formas: fiscal para arrecadar recursos para os cofres públicos e extrafiscal quando tem por objetivo intervir economicamente e socialmente. Na seara do direito

25 TORRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.p.101-102.

26 SOUZA, Jorge Henrique de Oliveira. **Tributação e meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.p.101.

27 ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 2.ed. São Paulo. Método, 2008.p.86.

tributário, dentre as possibilidades existentes de contribuição para a preservação ambiental, a de melhor adequação seria aquela que tem como objetivo intervir no domínio econômico induzindo ou inibindo os comportamentos, sendo esta a extrafiscalidade, como preceitua Hugo de Brito Machado.²⁸

Através da fiscalidade, as normas tributárias buscam atuar com justiça e igualdade de sua carga entre os contribuintes, já as normas sociais objetivam comportamentos de orientação econômica e social cuja finalidade é proteção às normas ambientais e promoção da sustentabilidade. Neste sentido, Celso Antônio Pacheco Fiorillo e Renata Marques Ferreira destacam que “o que se busca atingir com este comportamento é a chamada justiça social controlada/auferida pelo princípio da proporcionalidade, que para o direito ambiental se traduz na aplicação direta do princípio do desenvolvimento sustentável”.²⁹

3.3 A Extrafiscalidade no meio ambiente e a teoria da tributação ambiental

A extrafiscalidade consiste na prática da tributação que além de arrecadar, induz e inibe comportamentos, apresentando caráter regulatório, podendo ser inserida através de concessão de isenções, benefícios fiscais e instituição de tributos. Conforme Melo “o Poder Público estabelece situações desonerativas de gravames tributários mediante a concessão de incentivos e benefícios fiscais, com o natural objeto de estimular o contribuinte à adoção de determinados comportamentos”.³⁰

Conforme Arthur Cecil Pigou³¹ deverá ser observado que a prática não planejada e não calculada da utilização de recursos naturais no desempenho de atividades econômicas acarretará em uma falha de mercado chamada de externalidade (já citada anteriormente neste trabalho sob a perspectiva de Ana Maria de Oliveira Nusdeo)³². A externalidade pode ser positiva ou negativa. Será positiva quando a falha de mercado gerar benefícios aos sujeitos da relação e a terceiros e será negativa ao ocasionar custos. Na correção destas imperfeições do mercado, a Teoria de Pigou preceitua que diante da externalidade positiva, o Estado deverá intervir por meio de incentivos fiscais e diante da externalidade negativa, o Estado deverá aplicar impostos. Ao transportar a Teoria de Pigou para o ordenamento jurídico brasileiro, a concessão de incentivos fiscais às atividades econômicas que atuam pela externalidade positiva se mostra plenamente compatível com os dispositivos legais ambientais, contudo na externalidade negativa a cobrança através do Poder Público seria descabida, pois é importante fundamentar e destacar

28 MACHADO, Hugo de Brito . **Curso de Direito Tributário**.31.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

29 FIORILLO; FERREIRA. op. cit. P.91. O princípio da proporcionalidade, nas lições de Fiorillo, também conhecida como “mandamento de proibição em excesso, determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que deve ser o melhor possível.

30 MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de Direito Tributário**. 8 ed. São Paulo: Dialética.2008. P.404.

31 PIGOU, Arthur Cecil. **The Economics of Welfare**.4.ed. London: Mc-Millan, 1932.

32 O conceito de externalidade já foi dissertado anteriormente neste trabalho ao falar sobre o princípio ambiental do poluidor-pagador.

a impossibilidade de punição por meios tributários no que tange à preservação ambiental, pois o tributo não constitui sanção de ato ilícito, conforme definido no Código Tributário Nacional, pois a tributação extrafiscal e em particular a tributação ambiental não é destinada a punir ilicitudes, mas sim orientar o contribuinte para o planejamento de seu negócio de acordo com a política pública contida da Constituição³³.

A Teoria dos Custos de Transação defendida por Ronald Coase³⁴ sustenta a ampliação do mercado e abstenção do Estado, onde seria estipulado quanto vale para o poluidor deixar de poluir e quanto vale para a vítima não sofrer a poluição provocada pelo primeiro, porém mensurar os custos destes danos seria impossível devido às características de natureza difusa dos bens ambientais.

Diante do exposto é observada a necessidade de uma tributação ambiental orientada, através de regras tributárias indutoras a respeito do direito ambiental. Roberto Ferraz defende que:

Os tributos ecologicamente orientados são aqueles que influenciam na decisão econômica de modo a tornar mais interessante a opção ecologicamente mais adequada. Nada mais devem fazer que refletir a realidade dos custos da atividade ecologicamente desorientada.

Na atividade econômica, as decisões são orientadas pelo binômio custo/benefício e, assim ainda que não seja critério exclusivo, o custo e de extrema relevância nas decisões diárias, não apenas do empresário, mas de todos. Ora se os custos da degradação ambiental não forem refletidos nos preços as decisões econômicas nunca serão ecologicamente corretas. A função dos green taxes é precisamente essa: “internalizar” (neologismo de origem norte-americana) os custos ambientais isto é, trazer para o custo de cada bem ou mercadoria o custo que seu consumo representa em termos ambientais (...). O tributo verde tem, portanto, papel re-orientador da atividade empresarial e popular, sem que se possa critica-lo por forçada artificial. (...). Essa é talvez a grande novidade que o sistema tributário nos reserva para este início de milênio, com tributos orientados por nova lógica que a simples satisfação do apetite estatal e insuficiente para justificar a imposição tributária. Não se trata apenas de tributar, mas de tributar racionalmente, mostrando a lógica e coerência do sistema com os valores sociais (e constitucionalmente) eleitos.³⁵

Então, como podemos observar na situação descrita, o contribuinte paga no tributo certo acréscimo correspondente à internalização do custo ambiental e não por poluir, pois seria sanção.

Nas lições de Lise Vieira da Costa Tupiassu encontramos a ideia clara sobre o objetivo tributário ambiental “A utilização de tributos não apenas em sua função arrecadatória, mas principalmente em seu caráter extrafiscal é de fundamental importância para o perfeito implemento das políticas ambientais (...).”³⁶

33 DOMINGUES, José Marcos. **Direito Tributário e Meio Ambiente**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.p.50

34 COASE, R. **The Nature of the firm. Economica**. New Jersey, v.4, n.16, p.386-405, nov. 1937.

35 FERRAZ, Roberto. Tributação Ambientalmente Orientada e as Espécies Tributárias no Brasil. In: TORRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.p.342.

36 TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. **Tributação Ambiental: a utilização de instrumentos econômicos e fiscais na implementação do direito ao meio ambiente saudável**. Rio de Janeiro: Renovar,2006.p.109.

Lise Vieira da Costa Tupiassu também afirma que

A utilização extrafiscal dos tributos tem sua origem relacionada ao crescimento da atividade intervencionista do Estado, pois à medida que evoluem as funções sociais do Poder Público, se pode demonstrar de forma mais clara a ampla eficácia dos tributos enquanto elementos de regulação do mercado e reestruturação social, adquirindo fundamental importância a noção de extrafiscalidade, despindo a figura tributária de seu caráter puramente arrecadatório.³⁷

Com o recolhimento de forma protetiva do tributo, tanto o Estado quanto a sociedade se beneficiam, proporcionando maior lucratividade em comparação à arrecadação baseada na degradação ambiental. Além de induzir a sociedade a comportamentos conscientes baseados na sustentabilidade, garante aos cidadãos viverem em um meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme estabelecido na constituição brasileira. Diante deste quadro, o direito tributário torna sua atuação primordial através de seus dispositivos como a extrafiscalidade. O benefício fiscal mostra-se como medida de proteção mais eficaz em comparação às onerações dos impostos extrafiscais, pois o comportamento recompensado por um benefício é mais atrativo que uma imposição tributária.

4 ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS DE USO DE TRIBUTOS COMO INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

No ordenamento jurídico brasileiro podemos citar diversos exemplos de aplicação da extrafiscalidade com intuito de preservação ambiental referente a todos os conceitos apresentados sobre meio ambiente na CF/88, e estes subdividem-se conforme os itens a seguir:

4.1 A extrafiscalidade aplicada como estímulo a práticas ambientalmente positivas

No que tange à extrafiscalidade na proteção ao meio ambiente, através de práticas positivas, o tributo ambiental é denominado doutrinariamente em sentido próprio (ou estrito), cuja finalidade é orientar condutas sustentáveis. Como sustentado por Paulo Henrique do Amaral: “só tem interesse em qualificar como tributo ambiental aquele cuja estrutura estabelecer algum tipo de incentivo ao meio ambiente ou um mecanismo para que recaiam sobre o poluidor as deseconomias externas derivadas da degradação ambiental”³⁸.

Dentre estes tributos, destaca-se o **ICMS ecológico**, adotado por alguns estados brasileiros, não constituindo nova forma de tributo, mas sim a finalidade de repassar os valores arrecadados

37 Idem, p.119.

38 AMARAL, Paulo Henrique do. **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.167

pelos Estados aos Municípios que promoviam a preservação de áreas verdes em seu solo. Celso Antônio Pacheco Fiorillo e Renata Marques Ferreira afirmam que “o interesse central na implementação do ICMS ecológico não é outro senão incentivar o gradativo aumento de zonas ou áreas de conservação ambiental em linhas gerais, compensando-se ainda os Municípios pela restrição no uso dessas áreas constitucional e legalmente protegidas”³⁹.

Cada Estado adota seu critério levando em consideração seus interesses, como a preservação de áreas ambientais, nascentes e mananciais de abastecimento. O primeiro estado a adotar o ICMS ecológico foi o Paraná em 1991, através da Lei Complementar (LC) nº 59/91, inicialmente sob a forma de compensação e ao longo do tempo tornando-se benefício fiscal vinculado à conservação ambiental, tendo essa característica como marca principal.

O Imposto sobre Mercadorias e Serviços Intermunicipais, Interestaduais e de Comunicação (ICMS) disposto pela CF/88 no Art. 155, II § 2º, III e instituído pela LC nº. 87/96, tem como fator gerador a circulação de mercadorias e serviços. Segundo Eduardo Sabbag⁴⁰, o ICMS apresenta a seletividade através da orientação e não da imposição, em função da essencialidade, baseada na estipulação de alíquotas diferenciadas para certos produtos e ou serviços dos estados.

A Lei Estadual do Rio de Janeiro nº 2.055 de 25/01/1993 em seu art. 1º reforma o art. 17 da Lei nº 1423 de 27/01/89. Acrescenta a essa norma o inciso XIV. O citado inciso XIV determina que a alíquota do imposto pode ser reduzida para 12% em operações com máquinas, aparelhos, equipamentos e veículos destinados à implantação, ampliação e modernização ou realocação de unidades industriais ou agroindústrias – com prévia aprovação das autoridades competentes – que visem à incorporação de novas tecnologias e à defesa do meio ambiente, dentre outros.

O Imposto de Renda (IR), previsto no art. 153, inciso III da CF/88, tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica, sendo o imposto da União pioneiro na atuação da proteção ambiental. Por meio da Lei nº 5.106/66, foi permitida a dedução da base de cálculo do imposto a ser pago por pessoas físicas e jurídicas sobre valores pagos em atividades de reflorestamento e florestamento, conforme Jorge Henrique Oliveira Souza⁴¹.

O ITR (Imposto Territorial Rural), tem como fato gerador a propriedade rural e conforme a Lei nº 9.393/96, com alteração da MP nº 2.1666-67/2001, consiste no imposto com finalidade de proteger o bem ambiental que é a cidade. É de competência da União, porém pode ser fiscalizado e cobrado pelos municípios. Sua base de cálculo não inclui as áreas de floresta nativa e de preservação permanente, o que configura hipótese de isenção deste tributo. Como

39 FIORILLO, FERREIRA. op. cit. p.190.

40 SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**.8ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.952.

41 SOUZA. Op.cit.p.150.

ensina Celso Antônio Pacheco Fiorillo, o ITR configura claro tributo afetado à proteção de bens ambientais, seja em sua feição direcionada à tutela das cidades, e mais especificamente ao cumprimento da chamada função social das cidades, seja em sua feição direcionada à proteção e à preservação do chamado meio ambiente natural⁴².

A questão sobre a consideração de área urbana e rural foi muito discutida no âmbito do STJ no que diz respeito a incidências de ITR e IPTU. A discussão girava sobre imóveis localizados em área urbana cujas atividades eram rurais. O STJ vem pacificando a questão desde 2019 que não incide IPTU, mas sim ITR em imóveis localizados em perímetro urbano do Município desde que suas atividades sejam rurais. Sobre o tema temos o REsp. 1.112.646/SP:

TRIBUTÁRIO. IMÓVEL NA ÁREA URBANA. DESTINAÇÃO RURAL. IPTU.NÃO-INCIDÊNCIA.ART.15 DO DL57/1966. RECURSO REPETITIVO.ART.543-C DO CPC.1.Não incide IPTU, mas IR, sobre imóvel localizado na área urbana do Município, desde que comprovadamente utilizado em exploração extrativa, vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial (art.15 do DL57/1966.2.Recurso Especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art.543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.⁴³

Outro ponto importante acerca do ITR é no que se refere ao reconhecimento das áreas de proteção permanente e reserva legal através de Ato Declaratório Ambiental pelo IBAMA, conforme instituído por Instrução normativa da RFB nº 67/97 para a utilização de isenção do ITR. O REsp 587.429/AL dispensa o Ato Declaratório do IBAMA para que o contribuinte possa usufruir da isenção, bastando a simples declaração do contribuinte:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ITR. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE.EXCLUSÃO. DESNECESSIDADE DE ATO DECLARATÓRIO DO IBAMA. MP.2.166-67/2001. APLICAÇÃO DO ART. 106, DO CTN. RETROOPERÂNCIA DA LEXMITIOR. 1. Recorrente autuada pelo fato objetivo de ter excluído da base de cálculo do ITR área de preservação permanente, sem prévio ato declaratório do IBAMA, consoante autorização da norma interpretativa de eficácia ex tunc consistente na Lei 9.393/96.2. A MP 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, ao inserir § 7º ao art. 10, da lei 9.393/96, dispensando a apresentação, pelo contribuinte, de ato declaratório do IBAMA, com a finalidade de excluir da base de cálculo do ITR as áreas de preservação permanente e de reserva legal, é de cunho interpretativo, podendo, de acordo com o permissivo do art. 106, I, do CTN, aplicar-se a fator pretéritos, pelo que indevido o lançamento complementar, ressalvada a possibilidade da Administração demonstrar a falta de veracidade da declaração contribuinte.3. Consectariamente, forçoso concluir que a MP 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, que dispôs sobre a exclusão do ITR incidente sobre as áreas de preservação permanente e de reserva legal, consoante § 7º, do art. 10, da Lei 9.393/96,

42 FIORILLO; FERREIRA. op. cit. p.162.

43 STJ – REsp:1112646 SP 2009/0051088-6, Relator: MINISTRO HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 26/08/2009, S1- PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 28/08/2009 RDDT vol. 171p. 195RT vol.889.p.248.

veicula regra mais benéfica ao contribuinte, devendo retroagir, a teor disposto nos incisos do art. 106, do CTN, porquanto referido diploma autoriza a retrooperância da *lex mitior*.⁴⁴ Recurso especial improvido.⁴⁴

O IPVA (Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores) é um imposto estadual e tem como fato gerador a posse de veículo automotor. Conforme a CF/88, somente os Estados e o Distrito Federal têm competência para sua instituição, não sendo regulamentado por Lei Complementar. Como ensina Leandro Paulsen:

lei complementar dispendo sobre esses elementos da hipótese de incidência (fato gerador, base de cálculo e contribuinte) dos impostos nominados – o que ocorre com o IPVA, que não está delineado no CTN, eis que surgiu com a Emenda Constitucional n° 27/85 - os entes federados ficam autorizados a exercer a competência legislativa plena, disposto no artigo 24, parágrafo 3°, da Constituição Federal.⁴⁵

No Estado do Rio de Janeiro, a Lei n° 948/85 trouxe diferenciação sobre a incidência da tributação dos veículos movidos a álcool com a alíquota de 2% e os movidos a gasolina com a alíquota de 3%, baseadas nos graus de poluição atribuídos aos combustíveis. Veículos que possuem maior grau de poluição devem suportar carga tributária mais elevada, deste modo estimulando o uso de novas formas de energia que contribuam na preservação do meio ambiente e cause menos impacto. Carros com equipamento de gás natural no Rio de Janeiro possuem 75% de desconto no imposto.

A Taxa de preservação Ambiental em Fernando de Noronha é cobrada desde 1989 após a criação da Lei n° 10.430 com alterações trazidas pela Lei n. 11.305/95 em seu art. 83⁴⁶. Esta taxa tem como objetivo assegurar e manter as condições ambientais e ecológicas e incide sobre o trânsito e a permanência de pessoas no arquipélago que fica sob jurisdição do distrito estadual, segundo Celso Antônio Pacheco Fiorillo e Renata Marques Ferreira.⁴⁷

O ISS (Imposto sobre Serviços) instituído pela LC n° 116/2003, possui como fato gerador a prestação de serviços constantes no anexo desta lei. No âmbito dos municípios promove incentivos para a proteção do meio ambiente cultural, também chamado de patrimônio cultural, pois conservação ambiental não se restringe apenas ao meio ambiente natural, mas também da

44 STJ - REsp: 587429 AL 2003/0157080-9, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 01/06/2004, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 02/08/2004 p. 323.

45 . PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 9. ed Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

46 Lei 11.305/95. Art. 83. Fica instituída a taxa de Preservação Ambiental, destinada a assegurar a manutenção das condições ambientais e ecológicas do Arquipélago de Fernando de Noronha, incidente sobre o trânsito e permanência de pessoas na área sob jurisdição do Distrito Estadual.

47 FIORILLO; FERREIRA. op. cit. p.193.

dignidade humana e qualidade sadia de vida a todos conforme CF/88. Em relação a este tipo de incentivo, temos:

Em São Paulo, a Lei nº 10.923/90 regulada posteriormente pelo Decreto nº 41.940/02 conhecido como Lei Mendonça, estabeleceu abatimento de ISS ou ao IPTU para o contribuinte que transferisse recursos para o patrocínio de projetos culturais, denominado pela própria lei como contribuinte incentivador.

O IPTU (Imposto Predial Territorial Urbano) tem como fato gerador a propriedade de imóvel no perímetro urbano e como finalidade a proteção ao meio ambiente artificial, às cidades, podendo ser utilizado pelo município conforme a progressividade do tempo e seu uso em concordância com a função social da propriedade. O artigo 7º da Lei nº 10.257, Estatuto da Cidade, fixa a progressividade como instrumento de política urbana. Como defendido por Celso Antônio Pacheco Fiorillo:

Sobressai da colocação acima a relevância do Estatuto da Cidade no que se refere à delimitação dos critérios identificadores do IPTU. A particularidade de cada cidade deverá ser observada para que se cumpra de forma real a chamada função social da cidade e da propriedade, nos exatos moldes estipulados e pretendidos pela Carta Maior, tudo logicamente direcionado e tendo por fim último a dignidade humana.⁴⁸

Quanto à progressividade do IPTU, é importante salientar que, a partir do julgamento do RE 153.771, Pleno, 20.11.1996, *Moreira Alves*”, a única hipótese cabível será para cumprimento da função social da propriedade urbana:

I. Agravo de instrumento: competência do relator para decidi-lo. A competência do relator para decidir o agravo de instrumento interposto contra a denegação do recurso extraordinário (C.Pr.Civ., art. 544, §§2º e 3º) é ampla, não se restringindo à verificação dos requisitos formais de admissibilidade do agravo ou do próprio recurso extraordinário. II – IPTU: progressividade. O STF firmou o entendimento “a partir do julgamento do RE 153-771, Pleno, 20.11.96, *Moreira Alves*” de que a única hipótese na qual a Constituição admite a progressividade das alíquotas de IPTU é a do art. 182, 182§ 4º, II destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana.⁴⁹

A título ainda de ilustração, destacam-se outros exemplos que ressaltam a assertiva de que o IPTU é um dos tributos que podem apresentar excelente vocação para a preservação ambiental:

48 FIORILLO,; FERREIRA. op. cit. p.140.

49 BRASIL.STF, AI: 222172/SP, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 10/11/1998, Primeira Turma, Data da Publicação: Dj, 5-2-1999, PP-00018, EMENT VOL.01937-09, PP-1681.

- Município de São Paulo: Lei municipal nº 10.365/1987 em seu art. 17, permite incentivo fiscal para imóveis revestidos de vegetação arbórea, declarada de preservação permanente ou perpetuada, de acordo com o que estabelece o art. 6º do Código Florestal. O benefício consiste em desconto de até 50% no pagamento do imposto aplicado, de acordo com o índice de área protegida.
- Município do Rio de Janeiro: Lei nº 691/1984 (Código Tributário Municipal do Rio de Janeiro), permite a isenção do IPTU de acordo com critérios ambientais em seu art. 61.
- Município de Curitiba: A Lei nº 6.819/1986 em seu art. 6º prevê a isenção do IPTU ou redução proporcional ao índice de área verde do terreno aos proprietários ou possuidores de terrenos integrantes do Setor Especial de áreas verdes, desde que cumpram as condições de preservação previstas na lei. A Lei nº 9.806/2000 (Código Florestal Municipal), também do município de Curitiba prevê no seu art. 10 e Anexo II a isenção ou redução sobre o valor do terreno para o cálculo base do IPTU, proporcionalmente à taxa de cobertura florestal do terreno, de acordo com a tabela constante no referido Anexo II. De 30 a 100% se verificada a existência de bosque nativo relevante, e de 20% a 60% no caso de área de bosque nativo.

4.2 A extrafiscalidade como desestímulo a comportamentos nocivos ao meio ambiente.

Quanto à extrafiscalidade, o tributo ambiental é denominado impróprio (amplo), tendo como finalidade a arrecadação para utilização na prevenção de riscos e danos ambientais, sendo aplicado para as externalidades negativas, sem excluir o discurso extrafiscal, conforme Montero⁵⁰. Dentre os tributos impróprios encontram-se:

A CIDE (Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico), instituída pela Lei federal nº 10.336/01, incide sobre a importação e comercialização do petróleo, gás natural, os derivados de ambos e álcool etílico e conforme a CF/88 em seu art. 177, § 4º e inciso II determina que os recursos arrecadados através da CIDE serão destinados a projetos ambientais relacionados às indústrias de gás e petróleo.

Como leciona Hugo de Brito Machado, sobre a CIDE:

uma espécie de contribuições sociais e caracteriza-se por ser instrumento de intervenção no domínio econômico. A finalidade da intervenção no domínio econômico caracteriza essa espécie de contribuição social como tributo de função nitidamente extrafiscal⁵¹.

50 MONTERO, Carlos Eduardo Peralta. **Tributação Ambiental: reflexões sobre a introdução da variável ambiental no sistema tributário**. São Paulo: Saraiva, 2014. P.186-188.

51 MACHADO. op. cit. p.354.

O IPI (**Imposto sobre Produtos Industrializados**) tem como fato gerador operações com produtos industrializados e, através do Decreto Federal nº 775/93, traz a diferença de alíquotas para veículos movidos a gasolina e a álcool, promovendo o incentivo da produção de álcool com a finalidade de reduzir a importação de petróleo e conseqüentemente a redução da poluição atmosférica nas grandes metrópoles. Jorge Henrique de Oliveira Souza prega que:

A União compete para instituir o imposto de importação, deve levar em conta a nosso sentir, no momento da fixação das alíquotas de cada produto importado, não apenas o potencial poluidor decorrente da utilização desse produto (resíduos, sua decomposição, embalagens, possibilidade de reaproveitamento), o que traz impacto para os ecossistemas nacionais, mas ponderar também em que condições são produzidos esses produtos, dado que praticamente todos os impostos ambientais atingem, de alguma forma, em maior ou menor escala, todo o planeta terra⁵².

Além dos impostos já citados, as Taxas também consistem em modalidade de tributo, atuando na proteção do meio ambiente através do seu poder de polícia:

A TCFA (**Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental**) instituída pela Lei nº 10.165/2000 tem como fato gerador o exercício do poder de polícia para fiscalizar e promover o controle ambiental. Esta taxa de competência da união e cobrada pelo IBAMA tem como objetivo fiscalizar as atividades descritas no anexo VIII desta Lei como potencialmente poluidoras e sujeitas ao licenciamento ambiental. O órgão somente pode cobrar taxas sob a sua tutela, cabendo aos Estados e Municípios criar taxas através dos requisitos legais, como ocorreu nos seguintes Estados e Municípios:

- Tanto no estado de Goiás, com a Lei nº 14.384/2002, quanto no estado de Minas Gerais, com a Lei nº 14.940/2003, foi criada taxa de fiscalização ambiental fundada no exercício regular do poder de polícia para o controle e fiscalização das atividades potencialmente poluidoras e utilizadoras de recursos naturais. Em ambos os estados, a taxa é cobrada de acordo com valores fixos que têm por base o potencial de poluição, o grau de utilização dos recursos naturais e o porte da empresa contribuinte. A cobrança desse tributo é trimestral.
- No município de Curitiba/PR foi instituída a Taxa de Licenciamento Ambiental. Lei Municipal nº 40/ 2001, em seu Art. 64, VII, onde o fato gerador é a atividade de vigilância, controle e fiscalização ambiental. De acordo com o art. 69, VIII a base de cálculo será estabelecida de acordo com a complexidade da análise, e por período determinado considerando o impacto ambiental. Exemplos similares existem no município de Vitória em Espírito Santo (Lei nº 5.441/2001) e no município de Macaé no Rio de Janeiro (LC nº 28 / 2001).

52 SOUZA, op.cit. p.148-149.

Como pode ser observado, nosso ordenamento jurídico possui meios baseados na extrafiscalidade tanto de incentivo como de desestímulo a práticas ambientais adaptáveis às mais diversas situações, porém com o mesmo objetivo: a preservação e proteção do meio ambiente. Para Terence D. Trennephol: “as normas de incentivo fiscal são bem mais abraçadas e recebidas que as sanções, pois estão firmadas sob os pilares da intervenção estatal no domínio econômico, por meio da extrafiscalidade inerente à tributação moderna”⁵³.

Ao promover a sustentabilidade através dos incentivos fiscais, além de beneficiar empresas economicamente, o poder público vê de forma efetiva a prática da proteção ao meio ambiente para a coletividade. Dentre as empresas brasileiras que se destacam nesta proteção podemos citar:

A NATURA, empresa brasileira de cosméticos conhecida como referência no quesito sustentabilidade, a Natura é considerada a 15ª empresa mais sustentável do mundo, sendo a única empresa brasileira de sua categoria na lista da Corporate Knights, publicação canadense especializada em responsabilidade social e desenvolvimento sustentável, que reúne as 100 companhias globais com as melhores práticas de mercado, conforme levantamento apresentado durante o Fórum Econômico Mundial em Davos, Suíça em 2019. A NATURA atua através de práticas de impacto social e de preservação do meio ambiente através do uso sustentável de ativos da biodiversidade amazônica em mais de 80% de suas fórmulas de origem vegetal renovável, atua na promoção do meio ambiente genético, natural, cultural e do trabalho.⁵⁴

O grupo MALWEE de Santa Catarina é uma das principais empresas de moda do país. Possui destaque por sua atuação sustentável através de processos considerados inovadores na indústria da moda. Dentre eles há o desenvolvimento de projetos para reutilização da água no processo produtivo, redução de gases de efeito estufa (GEE) produzidos pelas caldeiras das fábricas, renovação de matérias primas como o algodão desfiado feito de restos de tecidos e malha pet produzidas por garrafas plásticas recicladas, a manutenção de áreas verdes como o Parque Malwee, com 1,5 milhões de metros quadrados de área preservada aberta ao público, o Pico Malwee que possui cerca de 1,4 milhões de metros quadrados de mata nativa e uma reserva particular de Patrimônio Natural Estadual que possui 1,3 milhões de metros quadrados e 21 nascentes destinadas à pesquisa científica. A MALWEE é a primeira empresa de moda Brasileira a assinar o termo de compromisso de pacto global⁵⁵ da ONU, atuando na preservação do meio ambiente natural e cultural através das suas políticas de sustentabilidade.⁵⁶

A WHITE MARTINS, pertencente ao grupo Linde, maior empresa de gases industriais da América do Sul, é sediada no Rio de Janeiro possuindo gestão de desenvolvimento sustentável com responsabilidade social e ambiental através de programas como o Desperdício Zero, de

53 TRENNEPHOL, Terence D. **Incentivos fiscais no Direito ambiental**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

54 NATURA. <https://marsemfim.com.br/pacto-ambiental-da-onu-empresas-brasileiras-aderem/> Acesso em 28.10.10.

55 Consiste em iniciativa proposta pela ONU para adoção por parte das empresas de políticas de sustentabilidade e responsabilidade social corporativa.

56 MALWEE. **Plano de sustentabilidade**. Disponível em: <http://grupomalwee.com.br/sustentabilidade/plano-2020>. Acesso em 28.09.2019.

redução de resíduos através da reciclagem, plano de gerenciamento de recursos hídricos, apoiado no princípio da precaução e prevenção de desastres, iniciativa de educação ambiental através do programa Oxigenar de voluntariado e o programa Grenway, que reestrutura ecossistemas frágeis através do plantio de mudas em um dos principais corredores ecológicos da Mata Atlântica, no Estado do Rio de Janeiro, promovendo o meio ambiente natural, cultural e do trabalho.⁵⁷

Vale destacar que a questão ambiental é uma preocupação não apenas em nosso país, mas de todos os povos, como forma de buscar a garantia da sobrevivência e preservação da vida em todas as suas espécies. Essa preocupação se tornou latente com o crescimento da população, com a industrialização e com a apropriação das riquezas naturais, o que fez surgir discussões mundiais sobre a degradação ambiental, surgindo vários dispositivos a nível internacional. Assim como o Brasil, outros países adotaram os tributos como forma de manutenção e preservação do meio ambiente.

Pode-se colacionar por amostragem algumas experiências relevantes registradas em outros países como:

A Grã-Bretanha, que utilizou a adoção de imposto industrial sobre a energia na aplicação de carvão, eletricidade e isenções para produtores e fornecedores de energias renováveis, tendo estas receitas vinculadas à redução de contribuições sociais pagas pelos empregadores.⁵⁸

Na Bélgica, através da Lei de Eco-Impostos, foi instituída a tributação sobre embalagens de produtos em geral e pilhas com o intuito de favorecer a reciclagem. O país adotou também alíquotas mais elevadas para substâncias nocivas como o enxofre e utiliza tributação especial sobre a energia para financiamento previdenciário.⁵⁹

A Alemanha, pioneira na aplicação de energias alternativas e com destaque internacional na proteção climática, possui leis de majoração de tributos sobre combustíveis para transporte e energia o que contribuiu para incentivar a inovação tecnológica, redução de emissão de CO₂ e energia para aquecimento doméstico.⁶⁰

Na França, com o objetivo da preservação florestal, o país adotou a aplicação de impostos sobre produtos florestais, corte das matas e preservação de espaços naturais.

Nos Estados Unidos, há incidência de tributos sobre emissões de veículos, créditos fiscais para a instalação doméstica de energia renovável e o financiamento de fundo estatal com objetivo de combater a poluição por resíduos perigosos chamado de superfund, constituído de impostos provenientes da arrecadação de imposto sobre a renda e sobre o petróleo e seus derivados.

Na Costa Rica foram instituídos incentivos fiscais florestais e sobre a vida silvestre, o imposto único sobre combustíveis destinados ao pagamento de serviços ambientais da FONAFIFO

57 WHITE MARTINS. **Políticas ambientais**. Disponível em: <http://www.praxair.com.br/>. Acesso em 27.09.2019.

58 José Marcos Domingues de. *Direito Tributário e Meio Ambiente*. 2007. Op. cit., p. 31-32, 176; AMARAL, Paulo Henrique do. Op. cit., p. 166.

59 GAGO RODRÍGUEZ, Alberto e LABANDEIRA VILLOT, Xavier. *Imposición ambiental y reforma fiscal verde: tendencias recientes y análisis de propuestas*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales. Ministerio de Hacienda, 2002.

60 YABAR STERLING, ANA (Dir.); HERRERA MOLINA, Pedro M. (Coord). *La protección fiscal del medio ambiente*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y Sociales, S.A, 2002.

(Fundo Nacional de Financiamento Florestal da Costa Rica) e o imposto federal destinado às atividades de educação florestal dentre outros.⁶¹

4.3 A adoção de políticas públicas para a proteção e manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O ordenamento jurídico brasileiro tem a CF/88 como instrumento basilar na proteção do meio ambiente conforme estabelecido no seu art. 225. Por ser um direito transindividual instituído na Carta Magna, a sua preservação não ficou limitada somente ao art. 225 competindo tanto ao poder público quanto à coletividade cumprir os deveres fundamentais inerentes à proteção do meio ambiente.

Nesse cenário surge a obrigação do Poder Executivo assegurar políticas públicas na busca do equilíbrio ecológico para as presentes e futuras gerações no que diz respeito ao meio ambiente natural, genético, cultural e do trabalho, através de ações que insiram a população neste processo a fim de implementar mudanças na mentalidade e comportamento dos consumidores. Embora já venha atuando na ordem econômica na adoção da extrafiscalidade, ainda há muito que se discutir em relação à sustentabilidade. Com as políticas públicas, o Poder Público não atinge somente a iniciativa privada, mas também a sociedade civil e, por conseguinte, chegando até o cidadão. Conforme Eduardo Appio:

as políticas públicas podem ser conceituadas, portanto como instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidade aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos⁶².

No que tange à preservação ambiental, destaca-se que a mesma deve ser estimulada, através da implementação de medidas educacionais que combatam a degradação ambiental, e promovam a prevenção através de incentivos econômicos financeiros. Cabe ao Poder Legislativo criar leis que regulem essa proteção, ao Poder Executivo adotar ações de implementação e ao Poder Judiciário garantir a efetividade dessa proteção.

61 MONTERO, Carlos Eduardo. **Extrafiscalidade e meio Ambiente**: o tributo como instrumento de proteção ambiental. Reflexões sobre a tributação ambiental no Brasil e na Costa Rica. Tese de doutorado apresentada no programa de Pós-graduação da UERJ sob a orientação Dr. Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro. 2011.

62 ÁPPIO, Eduardo, **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005. P.143/144.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A degradação ambiental é um problema que assola o mundo através dos tempos. Por ser uma questão global, desperta atenção de todos os países na adoção de medidas que venham proteger e preservar o meio ambiente nas suas mais diversas formas, tendo como marco a Conferência de Estocolmo em 1972, cujas discussões propiciaram o surgimento dos princípios ambientais e foram de grande influência sobre o tema da Constituição Federal de 1988, que em seu conteúdo trata a preservação ambiental como direito difuso fundamental à garantia da sobrevivência humana com dignidade.

Nesse cenário, o Direito Ambiental surge através das normas para proteger a natureza, o ser humano e o ambiente que habita. No entanto, a atuação da proteção ao meio ambiente não poderia ser limitada apenas pelo conjunto ambiental. A própria Constituição Federal de 1988 prevê em seu art. 170, VI a defesa do meio ambiente como princípio de ordem econômica para uma existência digna.

Assim surge o Direito Tributário neste cenário com suma importância na contribuição da manutenção de um meio ambiente saudável, cuja fusão com as normas ambientais resultou no chamado Direito Tributário Ambiental, que apresenta mecanismos notoriamente eficazes através da atuação tributária por onerações com a majoração de impostos em produtos que possam ser degradantes ao meio ambiente, e incentivos fiscais que estimulam atitudes de proteção através da prevenção e precaução. Em nosso país a tributação ambiental já vem sendo utilizada no âmbito da União, Estados e Municípios através de diversos tributos, porém com forte apelo arrecadatário.

Destarte, este trabalho vem demonstrar que embora no Brasil existam diversos instrumentos de arrecadação com a função tributária ambiental, baseados na extrafiscalidade com desestímulo a comportamentos nocivos ao meio ambiente e com estímulo a práticas ambientalmente positivas, faz-se necessária a utilização da tributação de forma consciente, pautada na defesa de um meio ecologicamente equilibrado, onde o contribuinte e o Poder Público possuam o interesse próprio de desenvolver a sustentabilidade na obtenção de um bem comum, na manutenção da biodiversidade, da comunidade, nas relações de consumo, e na busca de justiça social, sendo o benefício a consequência de sua conscientização pela busca de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 2.ed. São Paulo. Método, 2008.

ÁPPIO, Eduardo, **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

BECHARA, Erika. Tese de Doutorado: **Uma Contribuição ao Aprimoramento do Instituto da Compensação Ambiental Previsto na Lei 9.985/2000**, 2007, Faculdade de Direito da PUC/ SP, orientadora: Prof^a Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira. In.: CANOTILHO, J.J.G e LEITE, J.R.M.(Org.) **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/constituição.htm. Acesso em: 23.09.2019

BRASIL. **Lei 6.938, Política Nacional de Meio Ambiente**, dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação e dá outras providências. de 31 de agosto de 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em 23.09.2019.

BRASIL. **Lei 10.650, Lei de Acesso a Informação**, dispõe sobre acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sisnama. de 16 de abril de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.650.htm. Acesso em 23.09.2019.

BRASIL. **Lei Complementar 87**. Lei Kandir, dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação e dá outras providências (LEI KANDIR). de 13 de setembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm. Acesso em 23.09.2019.

BRASIL. **Lei Complementar 116. ISS, dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza**, de Competência dos Municípios e do Distrito Federal e dá outras providências de 13 de setembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp116.htm. Acesso em 23.09.2019.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. AI: 222172/SP, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 10/11/1998, Primeira Turma, Data da Publicação: Dj, 5-2-1999, PP-00018, EMENT VOL.01937-09, PP-168.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 11.12646 SP 2009/0051088-6, Rel. Ministro HERMAN

BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado: 26/08/2009, S1- PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 28/08/2009 RDDT 171p. 195RT vol.889.p.248.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 587429 AL 2003/0157080-9, Rel. Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 01/06/2004, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 02/08/2004 p. 323.

BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana: entre os direitos e deveres fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

CIRINO, Samia Moda. **Direito Tributário Ambiental: Benefícios fiscais às empresas para proteção do direito fundamental ao meio ambiente**. Artigo extraído da Dissertação de Mestrado apresentadas ao Programa de Pós-graduação Stricto sensu sob orientação da Professora e Dra em Direito do Estado – Direito Tributário Marlene Kempfer Bassoli. Publicada na revista Scientia Iuris, Londrina, v.12 p.177-198, 2008.

COASE, R. The Nature of the firm. **Economic**. New Jersey, v.4, n.16, p.386-405, nov. 1937.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DOMINGUES, José Marcos. **Direito Tributário e Meio Ambiente**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FERRAZ, Roberto. **Tributação Ambientalmente Orientada e as Espécies Tributárias no Brasil**. In:

TORRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Direito ambiental Tributário**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade direito ao futuro**. Belo Horizonte. 2. ed. Fórum, 2012.

GAGO RODRÍGUEZ, Alberto e LABANDEIRA VILLOT, Xavier. **Imposición ambiental y reforma fiscal verde: tendencias recientes y análisis de propuestas**. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales. Ministerio de Hacienda, 2002.

GOVERNO DO ESTADO DE PERNAMBUCO. **Lei 11.305/95**, modifica a Lei 10.403 de 29 de dezembro de 1989 e dá outras providências. Disponível em: https://www.sefaz.pe.gov.br/Legislacao/Tributaria/Documents/legislacao/Leis_Tributarias/1995/Lei11305_95.htm. Acesso em 28.09.2018.

GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Lei 948/85. IPVA/RJ**, Institui o Imposto Sobre a Propriedade de Veículos Automotores e dá outras providências. de 26 de dezembro de 1985. Disponível em: <http://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/90968/lei-948-85>. Acesso em 23.09.2019.

GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Lei 2055/93** Dispõe sobre alíquotas de ICMS no Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/91257/lei-2055-93>. Acesso em 28.09.2019.

MACHADO, Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MALWEE. Plano de sustentabilidade. Disponível em: <http://grupomalwee.com.br/sustentabilidade/plano-2020>. Acesso em 28.09.2019.

MAR SEM FIM. Pacto ambiental da ONU, empresas brasileiras aderem. Disponível em <https://marsemfim.com.br/pacto-ambiental-da-onu-empresas-brasileiras-aderem/> Acesso em 28.10.10.

MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de Direito Tributário**. 8 ed. São Paulo: Dialética, 2008.

MONTEIRO, Geraldo Tadeu M.; SAVEDRA, Mônica Maria G. **Metodologia da pesquisa jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 9. ed Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PIGOU, Arthur Cecil. **The Economics of Welfare**. 4 .ed. London: Mc-Millan, 1932.

RIOS, Aurélio Virgílio Veiga; DERANI, Cristiane. Princípios Gerais do Direito Internacional Ambiental. In: **O Direito e o Desenvolvimento Sustentável**. RIOS, A.V.V e IRIGARAY, C.T.H.(Org.). São Paulo: Petropolis, 2005. OU, Arthur Cecil. *The Economics of Welfare*.4.ed. London: Mc-Millan, 1932.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Princípios de direito ambiental: na dimensão internacional e comparada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SOUZA, Jorge Henrique de Oliveira. **Tributação e meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TRENNEPHOL, Terence D. **Incentivos fiscais no Direito ambiental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TORRES, Heleno Taveira (Org.). **Direito tributário ambiental**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. **Tributação Ambiental**: a utilização de instrumentos econômicos e fiscais na implementação do direito ao meio ambiente saudável. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

WHITE MARTINS. Políticas ambientais. Disponível em: <http://www.praxair.com.br/>. Acesso em 27.09.2019.

YABAR STERLING, ANA (Dir.); HERRERA MOLINA, Pedro M. (Coord). **La protección fiscal del medio ambiente**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y Sociales, S.A, 2002.

A MÁ-FÉ NO COMPORTAMENTO DO CONSUMIDOR CONTEMPORÂNEO

Kênia Morgana
Prof^a. Orientadora Luciana Picanço

RESUMO

A má-fé será o tema deste trabalho, sendo delimitado ao estudo da “má-fé no comportamento do consumidor contemporâneo”. Possui o objetivo de analisar, conscientizar e apontar as mudanças ocorridas nas relações de consumo, trazendo questionamentos sobre a estrutura e aplicação da principal lei que rege esta relação, provocando debates e apontando como a era digital impacta diretamente o ordenamento jurídico e o estudo do Direito. Por meio de análises bibliográficas e estudo de casos, serão conclusas quais condutas as partes envolvidas na relação analisada devem adotar e como podem ser penalizados quando deixam de observá-las.

Palavras-chaves: Má-fé. Boa-fé. Consumidor. Relação de consumo. Código de Defesa do Consumidor.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como foco a análise da má-fé no comportamento do consumidor contemporâneo, explorando as relações de consumo que, diante de um novo cenário histórico e tecnológico, foram completamente alteradas apontando os princípios que atualmente regem tal relação.

Por uma construção histórica, a má-fé somente era atribuída e analisada sob a ótica da conduta de fornecedores de produtos ou prestadores de serviços, passando a ideia de que os consumidores nunca agiam com deslealdade nesta relação, o que se refletia diretamente no poder judiciário quando da solução das lides que massivamente são julgadas em desfavor das empresas.

Ao analisar as relações de consumo, este trabalho procura responder a determinadas questões, quais sejam: Como historicamente a relação de consumo foi construída? Quais impactos esta construção histórica tem no cenário atual? Quais princípios regem a relação de consumo? Até que ponto vai a hipossuficiência técnica do consumidor nesta era digital? Será que nosso ordenamento jurídico se preocupa em coibir as lides temerárias? Será que os julgadores reprimem as condutas desleais de consumidores?

O tema abordado neste trabalho é de suma importância para o cenário jurídico atual, eis que as mudanças decorrentes dos avanços tecnológicos foram grandes e substanciais, possibilitando que pessoas de diferentes classes sociais, grupos econômicos, idades e gêneros, tivessem acesso à informação.

Diante da abrangência que esse tema possui, mas da escassa base de pesquisas, justamente por ser no sentido contrário aos estudos abordados até o presente momento, a metodologia empregada partiu da análise da legislação pertinente e bibliografia de autores renomados. Inclui, ainda, a análise de casos jurisprudenciais que foram levados ao judiciário, nos quais contêm empresas de diversos ramos e consumidores de diversas idades, gêneros, sexo, classes socioeconômicas.

No decorrer do trabalho serão apresentadas as evoluções históricas, dentro e fora do Brasil, como e porque a defesa ao consumidor foi positivada transformando-se em ramo autônomo do direito. Em seguida serão analisados os conceitos que definem o que é uma relação de consumo e quem pode integrar esta relação. Serão ainda abordados os princípios que norteiam esta relação dentro e fora do poder judiciário, sendo conceituados os princípios que especificamente dão azo a este trabalho de conclusão de curso. E, por fim, os casos colhidos e analisados serão interpretados.

2 HISTÓRIA DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL

Entre os séculos XX e XXI alguns fenômenos marcaram o surgimento do Direito do Consumidor como disciplina autônoma. Após a segunda grande guerra o cenário mundial foi completamente modificado e as novas relações foram diretamente afetadas pelo avanço tecnológico, desenvolvimento do capitalismo e pelas revoluções industriais.

O período Pós-Revolução Industrial foi determinante para o Direito do consumidor, sendo possível dizer que foi o início das relações como se tem hoje, haja vista o aumento populacional nas metrópoles e as migrações de pessoas que vinham dos interiores para as cidades grandes em busca de posto de trabalho nas indústrias.

Em razão do supracitado aumento populacional nas metrópoles também houve aumento considerável na produção, cada vez mais se exigindo agilidade para atender à demanda, o que elevava a necessidade de pessoas nos postos de trabalho e, por consequência, demandava mais pessoas nas metrópoles e a necessidade de mais produtos no mercado, em verdadeiro efeito cascata.

Neste cenário de aumento de produção, qualquer atenção à especificidade e qualidade do produto foi deixada de lado, partindo-se do critério puramente quantitativo, dando azo ao modelo de produção, que consistia em levar grandiosas quantidades de produtos idênticos com redução de custos em sua fabricação, sendo acompanhada de um modelo de contrato que era utilizado para fechar essas transações em larga escala.

Ao passo que se buscava a produção de mais produtos em menos tempo, os acordos com o comprador quanto às peças e componentes que seriam utilizados na formação do produto foram deixadas de lado, antes deste cenário Pós-Revolução Industrial havia a encomenda dos produtos e, por consequência, havia discussão quanto às especificidades do produto, mas o modelo de produção trouxe o cenário da pronta entrega.

Por derradeiro, somente o fabricante detinha o poder de escolher como tal relação seria regida, quais seriam as regras da venda, quais componentes seriam utilizados no produto, como o serviço seria fornecido, não havendo, via de regra, nenhuma possibilidade de o adquirente modificar ou reclamar as disposições deste contrato.

Diante disto surgiu o contrato de adesão, que se traduzia em um contrato único no qual todos os adquirentes dos produtos aderiam a seus termos previamente elaborados ao finalizar a operação. Em primeira análise, sob a ótica legislativa, não se distinguiam as partes que integravam a relação jurídica de consumo e seus interesses, mas ao passo que a evolução das relações foram se intensificando, tais definições se fizeram necessárias.

Este modelo de contrato demonstrava o desequilíbrio da relação, e certos fornecedores utilizaram o poder de decisão que possuíam para praticar excessos e deixar de fornecer os serviços contratados, incluindo cláusulas abusivas e utilizando materiais desconhecidos pelos adquirentes dos produtos.

A partir da análise deste cenário de desigualdade e prejuízo aos consumidores, nos Estados Unidos da América deu-se início à proteção ao Consumidor. No ano de 1890 foi promulgada a Lei Shermann que tratava de forma genérica a relação de consumo, no entanto somente a partir de 1960, com o advogado estadunidense Ralph Nader, é que surgiu o olhar crítico para a distinção entre os interesses dos consumidores e fornecedores, apontando certa depreciação dos interesses do primeiro em relação ao segundo.

Já no Brasil, a Constituição da República Federativa de 1988, ao passo que trouxe a garantia da livre iniciativa e concorrência de mercado, também estabeleceu a garantia da proteção ao consumidor, sendo a porta de entrada para a positivação da relação de consumo; contudo esta relação somente veio a ser regulamentada pelo Código de Defesa do Consumidor no ano de 1990.

No período entre a promulgação da Constituição e a vinda do Código de Defesa do Consumidor, a lei aplicável nas lides consumeristas era o Código Civil de 1916, que deixava diversas lacunas no deslinde de casos concretos em razão da aplicação de forma geral da responsabilidade subjetiva, que culminava em ônus excessivo ao consumidor.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, uma grande e significativa mudança ocorreu nas lides que tratavam da relação de consumo, eis que veio prevendo diversas prerrogativas aos consumidores que lhes proporcionaram maior acesso ao judiciário, destacando-se a aplicação da responsabilidade objetiva aos fornecedores nos casos concretos, corroborada e firmada pela alteração no Código Civil de 2002.

Pelo exposto, resta evidente que as mudanças históricas e conceituais que a relação jurídica de consumo sofreu trouxeram a necessidade de regulá-las como se tem atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, no qual se verifica uma maximização na proteção ao consumidor.

2.1 Conceito de relação de consumo e partes envolvidas

Como sabido, o Código de Defesa do Consumidor veio na tentativa de não apenas proteger os interesses do consumidor, mas de reequilibrar a relação de consumo que se encontrava em evidente desequilíbrio. Para compreender melhor esta relação se verifica a necessidade de definir como juridicamente é conceituada e quem são as partes envolvidas.

O jurista brasileiro José Geraldo Brito Filomeno estabeleceu uma definição de quem são as partes envolvidas nesta relação, afirmando que “envolve basicamente duas partes bem definidas: de um lado o adquirente de um produto ou serviço (consumidor); de outro o fornecedor ou vendedor de um serviço ou produto (produtor/fornecedor).”¹

Pode-se observar que Filomeno trouxe uma definição ampla e genérica de quais são os integrantes da relação abordada neste trabalho, enquanto o, também jurista brasileiro, José Maria Othon Sidou apresenta um conceito mais específico de quem seria o consumidor quando discorre que:

consumidor é qualquer pessoa, natural ou jurídica, que contrata, para utilização, a aquisição de mercadoria ou a prestação de serviço, independentemente do modo de manifestação da vontade, isto é, sem forma especial, salvo quando a lei expressamente a exigir.²

É possível perceber que o conceito de consumidor segundo determinou o respeitável jurista não é restritivo, se reportando apenas às pessoas naturais, mas um conceito amplo que abrange, também, pessoas jurídicas quando na qualidade de destinatária final de produtos ou serviços.

O código de Defesa do Consumidor traz a definição dos elementos integrantes da relação de consumo, quais sejam, consumidor, fornecedor, produto e serviço. No entanto, a doutrina conceitua três teorias para definir quem pode ser considerado consumidor, as teorias: maximalista, finalista e finalista mitigada. A teoria maximalista diz que consumidor é todo aquele que adquire produto como destinatário final independentemente da destinação econômica que dará ao bem.

Diferentemente, a teoria finalista estabelece que consumidor é todo aquele que adquire produto como destinatário final, nesta teoria importa qual será a destinação final que o consumidor dará ao produto adquirido, somente sendo considerado consumidor aquele que irá adquirir o bem para uso pessoal, interrompendo a cadeia econômica do objeto.

Com duras críticas às duas teorias acima explicitadas, o STF vem adotando a teoria finalista mitigada na qual consumidor é definido como aquele que adquire o produto na qualidade de destinatário final, sendo incluídos aqueles profissionais liberais e pequenos empreendimentos que adquiram produtos e os empregue na viabilização de sua atividade econômica, devendo demonstrar hipossuficiência em sede jurisdicional para que sua ação seja regida à luz do Código de Defesa do Consumidor.

1 FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**, 14. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p.23

2 SIDOU, J.M. Othon. **Proteção do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 2

Após a identificação de quem são os componentes da relação consumerista e quais as principais definições de seus agentes, se mostra necessária a definição específica da relação de consumo enquanto relação jurídica.

Neste passo, Claudio Bonatto afirmou que a relação jurídica existente entre as partes que compõem a relação de consumo gira em torno da aquisição de produto ou utilização de serviço, ou seja, “a relação jurídica existente entre consumidor e fornecedor, tendo como objeto a aquisição ou a utilização de produto ou serviço pelo consumidor.”³

Noutra definição, Antônio Herman Benjamin conceituou a relação de consumo como sendo “um novo direito privado, resultado da influência dos direitos civis e dos direitos sociais e econômicos”⁴

Através de tantas definições enriquecedoras, pode-se entender que os conceitos que estabelecem as partes envolvidas nas relações consumeristas têm por base o viés econômico, isto é, Consumidor é aquele destinatário final que adquire/utiliza o produto mesmo que para exercício de sua atividade profissional, enquanto Fornecedor é aquele que vende/fornecer produtos ou serviços.

Portanto, as definições de quem são as partes que compõem a relação de consumo não estão restritamente previstas no Código de Defesa do Consumidor, mas abarca também o que foi disposto na doutrina em razão da mudança que as novas tecnologias trouxeram à relação.

2.2 Princípios que regem a relação de consumo

No Brasil diversos princípios regem a relação de consumo, que possui fundamento primordial na Constituição Federal, na qual se verifica de forma concisa o entendimento de que o Estado deve promover a proteção do Consumidor, conforme se verifica em seu art. 5º, que dispõe “XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;”.

Desta feita, não se pode avaliar os princípios basilares da relação de consumo sem suscitar o direito constitucionalmente garantido à dignidade da pessoa humana, este é o fundamento do qual devem partir as interpretações de todos os direitos e garantias conferidos às pessoas, ele é o primeiro prisma sobre o qual a legislação consumerista vai analisar esta relação.

Conforme enumerado por Rizzatto Nunes, os princípios da dignidade, proteção à vida, saúde, segurança, transparência, vulnerabilidade, liberdade de escolha, intervenção do estado e a boa-fé, regem a relação de consumo. Abaixo breve conceituação de cada princípio.⁵

A proteção à vida é um direito constitucionalmente garantido e, assim como a saúde e a segurança, está completamente atrelado à manutenção da dignidade da pessoa humana. Na

3 BONATTO, Cláudio. **Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: Princiologia; Conceitos e Contratos atuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.163

4 BENJAMIN, Antônio Herman. et al. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo. 2013. p.122-138

5 NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 12. ed. São Paulo. 2018. p. 40.

relação de consumo tais princípios se traduzem na vedação à comercialização deliberada de produtos e serviços prejudiciais à saúde e segurança dos consumidores.

O princípio da transparência, estará diretamente ligado ao dever de informar, vez que este princípio se traduz na disponibilização de informações quanto ao produto e serviço prestado de forma clara e verdadeira, sendo um dever prevenir o consumidor quanto às propriedades e riscos do produto ou serviço oferecido numa linguagem de fácil e imediata compreensão.

Muitos juristas diferenciam a vulnerabilidade da hipossuficiência, sendo pacífico na doutrina que a vulnerabilidade é um fenômeno de direito material, possuindo presunção absoluta de existência em favor do consumidor, enquanto a hipossuficiência é um fenômeno de direito processual, em que se verifica a existência de presunção relativa.

Nesta senda, a hipossuficiência deve ser demonstrada no caso concreto, motivo pelo qual a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor não é automática.⁶

Quanto ao princípio da vulnerabilidade, pode-se conceituá-lo em dois primas, quais sejam, a vulnerabilidade técnica/jurídica e a econômica. A primeira diz respeito ao conhecimento técnico sobre a produção que o fornecedor detém em privilégio ao consumidor, quanto à segunda diz respeito à maior capacidade econômica que, geralmente, o fornecedor possui em relação ao consumidor.

No entendimento de Rizzato Nunes, é em razão da vulnerabilidade técnica, em que o fornecedor possui poder de decisão de como e quando ocorrerá a produção, que o Consumidor tem sua escolha reduzida, *in verbis*:

É por isso que, quando se fala em “escolha” do consumidor, ela já nasce reduzida. O consumidor só pode optar por aquilo que existe e foi oferecido no mercado. E essa oferta foi decidida unilateralmente pelo fornecedor, visando seus interesses empresariais, que são, por evidente, os da obtenção de lucro.⁷

Diante disto, tem-se que a autonomia da vontade é um importante princípio que permeia a relação consumerista. Como forma de tradução deste princípio pode-se apontar o art. 49 da Lei 8.078/90, que confere ao Consumidor o direito de arrependimento de compras realizadas fora de lojas físicas.⁸

Como cediço, todos os princípios supramencionados são correlatos entre si, culminando na razão para a existência do princípio da intervenção do estado em favor dos Consumidores, o que significa dizer que o Estado deve proteger efetivamente o Consumidor, fiscalizando e assegurando o acesso à informações e a qualidade dos produtos e serviços a eles oferecidos.

6 Art. 6º, VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

7 Idem. op. Cit., p. 12

8 Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio. (BRASIL, 1990)

Ademais, a Constituição Federal em seu art. 170, V, prevê a defesa do consumidor como questão de ordem econômica garantindo, também, a livre concorrência às empresas em seu inciso IV, sendo correto inferir que a atividade econômica pode ser livremente explorada desde que de maneira lícita, respeitando especialmente os consumidores, vedando-se qualquer risco à sua segurança em prol de ganhar a concorrência.

Outrossim, o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 4º, inciso III, prevê o princípio da harmonia nas relações de consumo, que nada mais é do que estabelecer a harmonização dos interesses das partes que estão envolvidas na relação de consumo.

O princípio da harmonização estabelece que dois objetivos devem ser alcançados na relação de consumo, que seria equilibrar os interesses do consumidor com a necessidade do desenvolvimento econômico e tecnológico protagonizado pelos fornecedores.

Nesta lógica, a proteção e defesa dos direitos do consumidor não podem obstar ou prejudicar o desenvolvimento tecnológico e científico que o fornecedor traz à sociedade, como no caso de novos produtos colocados no mercado não importarem em defeitos nos anteriores, devendo haver equilíbrio para que ambos os interesses sejam alcançados de forma proporcional, e é exatamente este o dever do Código de Defesa do Consumidor idealizado pelo legislador, harmonizar e reequilibrar esta relação jurídica.

Em última análise, para que haja êxito na aplicação do princípio da harmonização é necessário acrescentar a boa-fé que, assim como os demais princípios, deve ser observada por todas as partes da relação jurídica. Este princípio significa dizer que a relação deve respeitar todas as regras legais e morais, afastando qualquer conduta antiética, imoral e ludibriosa.

Portanto, pode-se concluir que o Código de Defesa do Consumidor não veio somente para trazer prerrogativas a uma parte em detrimento da outra, mas para equilibrar e dar harmonia a uma relação que historicamente se vislumbrava desigual, e que os princípios suscitados são de extrema importância para a compreensão do cenário atual destas relações no âmbito do poder judiciário, sendo a análise da boa-fé determinante, do ponto de vista de trabalho, para culminar nas ações judiciais supracitadas.

3 O QUE É A BOA-FÉ

No que diz respeito à boa-fé, é de grande relevância compreender sua conceituação, previsão legal e evolução no direito positivo brasileiro, com intuito de possibilitar um olhar crítico ao cenário atual de lides perante o judiciário.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi a primeira maneira de reconhecer a importância da boa-fé no ordenamento jurídico, eis que proporcionou os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade como base a viabilizar a reinterpretação do direito civil e processual civil.

Como sabido, antes do advento da lei 8.078/90 o Código Civil de 1916 era aplicado às lides que tratassem de relação de consumo, após o advento do Código de Defesa do Consumidor, que é uma lei especial com fito de tratar a especificidade desta relação, a boa-fé foi designada como base primária para a relação de consumo.

O código de Defesa do Consumidor, em seu art. 4º, inciso III, determina que os princípios sob os quais se fundarão a ordem econômica e a relação de consumo estarão calcados na boa-fé, daí se traduz a grande importância deste princípio que dará azo a todos os outros, bem como estará presente em todas as relações contratuais e jurídicas no ordenamento brasileiro.

O constante valor dado à boa-fé foi uma das mais importantes diferenças entre o Código Civil de 1916 e 2002, foi em torno da boa-fé que girou a alteração da Lei Civil, sendo designados artigos específicos para dispor do assunto, como os artigos 113 e 422 *in verbis*:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.⁹

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.¹⁰

Como se pode verificar, a boa-fé não é apenas um imperativo ético abstrato, mas uma norma que determina e legitima toda experiência jurídica, estando presente desde a interpretação dos ordenamentos legais, nas cláusulas contratuais até nas consequências advindas desta relação jurídica.

Neste ponto, a jurisprudência e a doutrina são unânimes no entendimento de que a boa-fé possui duas vertentes, quais sejam, a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva, esta última foi definida por Rizzato Nunes da seguinte maneira:

A boa-fé subjetiva diz respeito à ignorância de uma pessoa acerca de um fato modificador, impeditivo ou violador de seu direito. É, pois, a falsa crença sobre determinada situação pela qual o detentor do direito acredita em sua legitimidade, porque desconhece a verdadeira situação.¹¹

No mesmo sentido, Judith Martins Costa conceitua que a boa-fé subjetiva decorre da ignorância do sujeito quanto ao caráter ilícito de seu próprio ato, veja-se:

A boa-fé guarda em si uma antiga e (hoje) notória distinção entre a chamada boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva. Aquela, considerada como a concepção na qual o sujeito ignora o caráter ilícito de seu ato, esta, um pouco mais exigente, considera-se como a que não protege o sujeito que opera em virtude de um erro ou de uma situação de ignorância o seu comportamento não é o mais adequado conforme a diligência socialmente exigível.¹²

9 BRASIL. Código Civil. 2002.

10 Idem. p. 15

11 NUNES, op. cit., p. 12

12 COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**. 2. ed. Saraiva 2018. p. 16

Por meio destas definições infere-se que a boa-fé subjetiva se traduz na conduta da crença, decorrente da ignorância ou desconhecimento pleno dos fatos ou da norma jurídica aplicável, que se trata do convencimento íntimo e pessoal do agente que acredita que sua posição é correta e legítima, mas que na verdade está em erro.

Nas palavras de Judith Martins Costa a boa-fé subjetiva está intimamente ligada à intenção do sujeito, em suas palavras:

A expressão boa-fé subjetiva denota o estado de consciência ou convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito (sendo) aplicável, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se “subjetiva” justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito na relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem.¹³

Ainda, no entendimento de Maria Helena Diniz a boa-fé subjetiva se coaduna na convicção da validade de seu ato, conceituando da seguinte maneira:

a) estado de espírito em que uma pessoa, ao praticar ato comissivo ou omissivo, está convicta de que age de conformidade com a lei; b) convicção errônea da existência de um direito ou da validade de um ato ou negócio jurídico. Trata-se da ignorância desculpável de um vício do negócio ou da nulidade de um ato, o que vem atenuar o rigor da lei, acomodando-a à situação e fazendo com que se dêem soluções diferentes conforme a pessoa esteja ou aja de boa ou má-fé, considerando a boa-fé do sujeito, acrescida de outros elementos, como produtora de efeitos jurídicos na seara das obrigações, das coisas, no direito de família e até mesmo no direito das sucessões; c) lealdade ou honestidade no comportamento, considerando-se os interesses alheios, e na celebração e execução dos negócios jurídicos; d) propósito de não prejudicar direitos alheios.¹⁴ (Grifamos)

Por outro lado, a boa-fé objetiva está intimamente ligada à lealdade, honestidade, probidade, devendo as partes de uma relação jurídica observar tais preceitos, haja vista a sua característica de ser uma regra ética que mantém a fidelidade à palavra dada, sem abusar da confiança alheia.

Nesta órbita, quanto à boa-fé objetiva Miguel Reale definiu em sua obra “A boa-fé no Código Civil” da seguinte forma:

A boa-fé objetiva apresenta-se como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal. Tal conduta impõe diretrizes ao agir no tráfico negocial,

13 COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**. 2. ed. Saraiva 2018, p. 411

14 DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005. Vol. 1. P. 506 e 507

devendo-se ter em conta, como lembra Judith Martins Costa, ‘a consideração para com os interesses do alter, visto como membro do conjunto social que é juridicamente tutelado’. Desse ponto de vista, podemos afirmar que a boa-fé objetiva, é assim entendida como noção sinônima de ‘honestidade pública.’¹⁵

Já no entendimento de Judith Martins Costa a boa-fé se traduz no comportamento reto e honrado:

A boa-fé, no sentido objetivo, é um dever das partes, dentro de uma relação jurídica, se comportar tomando por fundamento a confiança que deve existir, de maneira correta e leal; mais especificamente, caracteriza-se como retidão e honradez, dos sujeitos de direito que participam de uma relação jurídica, pressupondo o fiel cumprimento do estabelecido.¹⁶

A boa-fé objetiva, segundo Sergio Cavaliere Filho tem três funções: função integrativa, pois garante direitos e deveres que integram o contrato mesmo que eles não estejam dispostos em suas cláusulas, como o dever de lealdade, de cuidado, de informar; função interpretativa, pois proíbe a interpretação dos contratos de forma maliciosa e prejudicial a uma das partes; e função de controle que, segundo Sérgio Cavaliere Filho:

As partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Essa expectativa de um comportamento adequado por parte do outro é um componente indispensável na vida de relação. **Conforme já destacado, a boa-fé, em sua função de controle, estabelece um limite a ser respeitado no exercício de todo e qualquer direito subjetivo. A função de controle acaba limitando o princípio da autonomia da vontade, de forma a evitar qualquer cláusula abusiva.**¹⁷ (Grifamos)

A partir das definições acima demonstradas, é possível compreender o motivo para que a boa-fé objetiva seja um princípio fundamental nas relações sociais e jurídicas, eis que se consubstancia na conduta honesta, leal e escorreita que todos os agentes nela envolvidos devem adotar.

15 REALE, Miguel. **A boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 4

16 COSTA, op. cit., p. 16

17 CAVALIERI FILHO, Sergio . **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 183.

4 O QUE É A MÁ-FÉ E COMO SE TRADUZ NA MÁQUINA JUDICIÁRIA

De proêmio, cabe apontar que o Código de Defesa do Consumidor é considerado como uma norma principiológica, eis que está fortemente calcado em diversos princípios que norteiam a relação de consumo, dentre os quais se encontra o princípio da cooperação, que deriva da boa-fé objetiva.

Nesse mister, Fabrício Bolzan define que “o dever de cooperação muito bem representa a boa-fé objetiva e, mais do que isso, concretiza a harmonia nas relações jurídicas de consumo”.¹⁸

Ademais, quando se fala em cooperação logo se remete ao Código de Processo Civil, que expressamente prevê o dever de cooperação entre todas as partes envolvidas no processo seja o Autor, o Réu, o juiz ou *Amicus Curiae*, para que seu deslinde ocorra da maneira mais célere e correta possível.

Isto se dá porque a cooperação, assim como a boa-fé, deve ser observada em todas as relações jurídicas e em todas as suas fases, pré-contratual, durante a contratação, após sua formulação, quando do cumprimento do acordado e até em sede de pleito judicial.

Na órbita do direito processual civil, aqueles que não observam o dever de cooperação e agem com o intuito de obstar o correto deslinde da demanda incorrem em má-fé, bem como em ato atentatório à dignidade da justiça.

Neste ínterim, apregoa Rizzato Nunes:

Dizemos isso para deixar claro que a litigância de má-fé, prevista na legislação processual e acima referida (arts. 79 a 81 do CPC), sujeita todos aqueles que estão em juízo, autores e réus, independentemente de sua qualidade como pessoa e independentemente do tipo de ação.¹⁹

Desta feita, qualquer conduta praticada sem observar a boa-fé numa relação de consumo também estará sujeita a incorrer em má-fé, haja vista que exercer uma conduta escorreita é obrigação de todas as partes, dentro e fora de sede jurisdicional, sem distinções.

Em contrapartida à vasta quantidade de pesquisas acerca da boa-fé, a má-fé, principalmente do consumidor, é pouco debatida, justamente pela característica protecionista do Poder Judiciário, conferida pela Carta Magna e pelo próprio Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual este é o tema deste trabalho.

No dicionário “má-fé” é um substantivo feminino utilizado para dizer que alguém age com malícia, consciente e de forma desleal, do mesmo modo no mundo jurídico é utilizada para distinguir tudo que alguém faz com maldade, havendo completo conhecimento do mal exercido.

18 BOLZAN, Fabrício. *Direito do Consumidor Esquematizado*. 2. ed. São paulo. 2014. p. 165

19 Idem, op. cit., p.9. p. 579

Em outras palavras, os juristas utilizam a palavra má-fé para identificar atitudes que são tomadas com maldade, seja escondendo vício para benefício próprio, seja alterando a verdade dos fatos para induzir o julgador a erro, seja dando causa a situações com o intuito de dizer-se lesado.

O advento da lei 8.078/90 trouxe à relação de consumo uma maior proteção do consumidor, conferindo-lhes algumas prerrogativas com o objetivo de equilibrar a desigualdade da “balança” que existia entre estes e fornecedores.

A exemplo dessas prerrogativas se tem a facilitação do acesso ao judiciário e a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, que atribui ao Fornecedor o dever de comprovar fato impeditivo, modificativo e extintivo do direito do postulante, desde que haja *verossimilhança* em suas alegações.

Por certo, a inversão do ônus da prova em favor do consumidor não é automática e depende, necessariamente, da comprovação mesmo que minimamente dos fatos constitutivos do direito do postulante.

Com este entendimento, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro editou a súmula 330, elucidando que dispõe:

Os princípios facilitadores da defesa do consumidor em juízo, notadamente o da inversão do ônus da prova, não exoneram o autor do ônus de fazer, a seu encargo, prova mínima do fato constitutivo do alegado direito.²⁰

Por derradeiro, mesmo havendo garantia constitucional de proteção aos consumidores, isso não significa dizer que a legislação, e por consequência o judiciário, deve tomar partido na relação, escolhendo uma parte em detrimento da outra, partindo do pressuposto que o interesse do consumidor se sobrepõe ao do fornecedor e vice-versa.

Diante disso, se de um lado o Código de Defesa do Consumidor tem o intuito de proteger o consumidor, também tem o dever de garantir o equilíbrio e harmonia na relação de consumo, eis que não deve obstar o progresso tecnológico e econômico do fornecedor em prol de garantir somente os direitos dos consumidores.

Em verdade, o dever do legislador é garantir que não haja abusos contra o consumidor, que a relação de consumo seja levada com o máximo de harmonia e equilíbrio que se pode alcançar dentro das condições do caso concreto.

Neste sentido, Fernando Noronha diz que a defesa dos Consumidores não pode inferir que estejam sempre certos, em suas palavras:

(...) defender os consumidores não pode significar tomar partido sistematicamente por eles, como se o direito se preocupasse unicamente com eles, ou pior ainda, como se fossem estes que estivessem sempre certos. Protegê-los significa essencialmente ser necessário impedir que sejam vítimas de abusos

20 PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº. 0053831 70.2014.8.19.0000 - JULGAMENTO EM 04/05/2015 - RELATOR: DESEMBARGADOR JESSE TORRES. VOTAÇÃO POR MAIORIA.

nas relações com os fornecedores. É preciso não cair no exagero de imaginar que a proteção significa que os interesses dos consumidores sejam sistematicamente sobrepostos aos dos fornecedores: o que se procura é somente alcançar razoável equilíbrio entre uns e outros.²¹

Nesta senda, a proteção para que os Consumidores não sofram abusos não implica no entendimento de que eles estão indiscutivelmente certos em todos os casos, de modo que não precisam comprovar minimamente suas alegações ou que jamais adotariam conduta capaz de ferir a boa-fé.

Na legislação atual e no conceito jurisprudencial se tem duas figuras bastante conhecidas, o litigante de má-fé e o litigante contumaz, também chamado de litigante habitual, o primeiro é designado como aquele que age com maldade causando dano processual à parte contrária, enquanto o segundo é aquele que postula em juízo de forma habitual e insistente, mesmo que nem sempre tenha argumentos fortemente amparados no caso concreto.

A legislação pátria repudia qualquer ato de má-fé, como é o caso do Código de Processo Civil de 2015, que reprime frontalmente as partes que pleiteiam em juízo adotando condutas temerárias, como bem se verifica nos artigos 79 e 81 da supracitada lei, veja-se:

Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente.²²

Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.²³

Nesta senda, aquele que litiga de má-fé está sujeito a sofrer sanções no curso do processo, por ter atentado contra a dignidade da justiça, movendo a máquina judiciária e lesando a parte contrária ao agir de forma ardilosa e temerária.

Por certo, tentar utilizar o erro ou brecha numa relação jurídica no intuito de beneficiar-se em juízo não é incomum, sendo vedado e combatido pelo ordenamento pátrio, neste entendimento a juíza leiga Jacqueline Silva Zaidan, em sentença homologada pelo juiz togado Antonio Carlos Rodrigues de Moraes, decidiu:

Consta do regulamento divulgado no site da ré, que o benefício não é aplicável para envios para a região norte e algumas cidades do nordeste do país ali descrevendo, dentre várias condições, quais as cidades que não são beneficiadas pelo frete grátis, sendo mero erro interpretativo achar que não incidiria o frete para

21 NORONHA, Fernando. **Significado da tutela do consumidor e suas limitações**. Informativo INCIJUR, n. 61, ago/2004, p. 4

22 BRASIL. **Código de Processo Civil**. 2015

23 Idem. p. 21

a compra contratada. **Para além disso, antes de finalizar a compra o autor tomou conhecimento da incidência do frete, razão porque, não pode alegar ter sido surpreendido com a cobrança. Percebo ainda, que o autor, sabedor de que não tem o benefício do frete grátis para seu domicílio, em Itabuna/BA, região Nordeste, em uma verdadeira aventura jurídica e na expectativa de uma revelia, insiste em demandar contra ré, pelo mesmo motivo, já tendo proposta mais de uma dúzia de ações idênticas, como apontado pela ré em sua contestação evidenciando com essa conduta o abuso do direito de demandar.** Tal conduta afronta o próprio direito de petição, além de outros princípios norteadores do processo civil moderno, como o princípio da lealdade processual, da boa-fé e da cooperação, de modo que, reconheço a litigância de má fé e aplico ao autor a sanção prevista no art 55 da Lei 9.099/95. Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido e **CONDENO o autor por litigância de má fé, a pagar as custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento),** sobre o valor atualizado da causa, na conformidade do art 55 da Lei 9.099/95.²⁴ (Grifo nosso)

O Código de Processo Civil determina que o juiz condenará, a pedido da parte ou de ofício, o litigante de má-fé em multa, indenização à parte contrária, honorários advocatícios e custas processuais pode-se dizer que esta é a sanção para aqueles que agem de forma temerária em juízo.

Por tudo exposto, se verifica a existência de previsão legal para combater a lides temerárias, sendo dever do julgador analisar o caso concreto e proferir decisão que não beneficie quem haja com malícia, dando causa aos motivos que levam a lide ao judiciário.

5 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

É comum no cenário atual o entendimento de que a má-fé é sempre praticada pelas empresas e fornecedores, o que reduz o interesse às pesquisas e doutrinas no sentido contrário, e acaba por estimular a busca ao judiciário com fim de beneficiar-se em causa.

Ainda assim, se verificam casos em que a má-fé na conduta dos consumidores é evidenciada em sede de prestação jurisdicional, quando o julgador se depara com indícios e provas que deixam inequívoco o intuito do consumidor em locupletar-se, ou que adotou conduta temerária no curso do processo, e profere sentenças de improcedências e até condenando tais consumidores a multa por litigância de má-fé.

Abaixo se passa a analisar mais de perto alguns casos em que consumidores ferem os princípios norteadores da relação e têm sua má-fé arbitrada em juízo.

No primeiro caso a ser analisado o Autor propôs mais de uma dúzia de ações indenizatórias contra uma loja online, aduzindo que houve a propaganda de suposto frete grátis, mas que ao

24 Sentença juíza leiga Jacqueline Silva Zaidan, homologada pelo juiz togado Antonio Carlos Rodrigues de Moraes 05/07/2019, 3ª Vara dos Sistemas dos Juizados de Itabuna Bahia 0004467-95.2019.8.05.0113

finalizar a compra teria sido cobrado pela entrega dos produtos.

No entanto, como brilhantemente verificou o julgador, o regulamento do *site* da Ré deixava claro alguns requisitos para a obtenção do frete grátis e que o Autor, mesmo sabendo que não cumpria tais requisitos e que seria cobrado pela entrega, finalizou a compra. Sendo condenado por sua má-fé conforme a decisão abaixo:

Pela descrição fática e prova documental carreada aos autos não vislumbro o cometimento de dano moral, capaz de direcionar a uma conduta ilícita da ré, seja por ação ou omissão, vez que para obtenção do frete grátis, necessário se faz o preenchimento de requisitos divulgados no site da ré. Consta do regulamento divulgado no site da ré, que o benefício não é aplicável para envios para a região norte e algumas cidades do nordeste do país ali descrevendo, dentre várias condições, quais as cidades que não são beneficiadas pelo frete grátis, sendo mero erro interpretativo achar que não incidiria o frete para a compra contratada. **Para além disso, antes de finalizar a compra o autor tomou conhecimento da incidência do frete, razão porque, não pode alegar ter sido surpreendido com a cobrança. Percebo ainda, que o autor, sabedor de que não tem o benefício do frete grátis para seu domicílio, em Itabuna/BA, região Nordeste, em uma verdadeira aventura jurídica e na expectativa de uma revelia, insiste em demandar contra ré, pelo mesmo motivo, já tendo proposta mais de uma dúzia de ações idênticas, como apontado pela ré em sua contestação evidenciando com essa conduta o abuso do direito de demandar. Tal conduta afronta o próprio direito de petição, além de outros princípios norteadores do processo civil moderno, como o princípio da lealdade processual, da boa-fé e da cooperação, de modo que, reconheço a litigância de má fé e aplico ao autor a sanção prevista no art 55 da Lei 9.099/95.** Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido e CONDENO o autor por litigância de má fé, a pagar as custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento), sobre o valor atualizado da causa, na conformidade do art 55 da Lei 9.099/95. Retifique-se o polo passivo da ação como requerido pela ré. P.R.I. (Grifamos)²⁵

No caso supracitado, restou demonstrado que o autor, consumidor, agiu de forma premeditada quando finalizou a compra sabendo que seria cobrado pelo frete e ajuizando diversas ações posteriormente como se tivesse sido ludibriado pela ré, fornecedora, neste caso se vislumbra que a boa-fé objetiva foi completamente ferida pelo consumidor.

Nada obstante, na demanda abaixo o cenário foi distinto do que se verificou acima, a consumidora propôs uma ação contra a empresa aérea por suposto atraso no voo que teria lhe prejudicado nas palestras que pretendia assistir.

Quando os autos estavam conclusos para proferir a sentença, de forma ardilosa a autora propôs nova ação pelo mesmo motivo e com as mesmas provas contra a agência vendedora das passagens, sendo condenada por litigância de má-fé, conforme se pode verificar abaixo:

25 Processo nº 0004467-95.2019.8.05.0113; Autor: Daniel Henriques Almeida; Réu: Mercado livre com atividade de internet Ltda. Itabuna/BA, 04 de julho de 2019

RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. ATRASO DE VOO INTERNACIONAL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. AUTORA CONDENADA NAS PENAS POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. A indenização mede-se pela extensão dos danos. Em se tratando de danos materiais, deve estar amparada em prova que a autora não logrou produzir, notadamente acerca da impossibilidade de ter frequentado todas as palestras, além do que, na peça inicial, fl. 06, ela própria referiu ter perdido apenas as primeiras palestras. Dano moral arbitrado em patamar condizente com os parâmetros adotados por esta Turma Recursal em casos da mesma natureza, não comportando modificação, bem atendendo aos propósitos compensatório, punitivo e pedagógico, sem ensejar enriquecimento sem causa. **Por fim, a autora ajuizou uma ação contra a empresa de transporte aéreo e, depois de realizada a instrução do feito, quando já estava concluso para sentença, ajuizou nova ação, agora contra a vendedora das passagens. Contexto fático e probatório que leva à conclusão de a autora litigar com má-fé, exercendo abusivamente o direito de acesso ao Poder Judiciário para locupletar-se com o ajuizamento de duas ações com o mesmo objeto, merecendo, portanto, a condenação imposta com fulcro no art. 80 do CPC).** SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (Grifamos)²⁶

Por certo, houve um pensamento de oportunismo ao ajuizar nova ação contra a vendedora das passagens a fim de ser possivelmente indenizada duas vezes pelo mesmo dano, o que caracteriza sua conduta processual temerária e desleal atentado contra a dignidade da justiça, conduta que é frontalmente vedada pelo ordenamento jurídico pátrio.

No próximo caso analisado, o banco prestador de serviços creditou na conta da consumidora de forma equivocada o montante de R\$8.000,00 (oito mil reais), que foi sacado pela consumidora no dia seguinte à compensação. Tão logo o banco tomou conhecimento do erro, notificou a consumidora informando do equívoco e solicitando seu comparecimento à agência.

Em que pese as tentativas de solução extrajudicial e o pedido de ressarcimento do valor, a consumidora se manteve inerte e o banco levou o caso ao judiciário, em primeira instância a ação foi julgada improcedente, o banco recorreu e teve seu recurso provido sendo a consumidora, Recorrida, condenada por litigância de má-fé uma vez que em sua defesa somente se valeu da prerrogativa de consumidora para dizer que o ônus da prova incumbia ao banco fornecedor, veja-se:

“VEDAÇÃO DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA Ação de ressarcimento Prova do depósito indevido realizado em conta bancária de correntista notificação extrajudicial para devolução das quantias Inércia do consumidor Ausência de demonstração da titularidade legítima dos valores sacados Condenação a restituir o montante Necessidade Inteligência do art. 884 do CC/02: **É de rigor a condenação do correntista a reembolsar quantia indevidamente creditada em sua conta bancária, quando, mesmo notificado pela instituição financeira para devolução do montante, queda-se inerte e deixa de demonstrar a**

26 TJ-RS. Recurso Cível Nº 71007012966. Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Roberto Behrendorf Gomes da Silva, Julgado em 13/09/2017

origem do crédito e sua legítima titularidade. É o que determina o art. 884 do CC/02, ao vedar o enriquecimento sem causa. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ Parte que utiliza o processo para conseguir objetivo ilegal Multa Condenação Cabimento Inteligência dos artigos 17, inciso III e 18 do Código de Processo Civil: É litigante de má-fé a parte que utiliza o processo para conseguir objetivo ilegal, sendo de rigor sua condenação ao pagamento de multa, nos termos dos artigos 17, inciso III e 18 do Código de Processo Civil. RECURSO PROVIDO. APELADA CONDENADA ÀS PENAS DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. (Grifamos)²⁷

Diante disto, vislumbra-se mais um caso em que o consumidor adota conduta desleal, utilizando-se de prerrogativa que o Código de Defesa do Consumidor trouxe, neste caso a inversão do ônus da prova, para se beneficiar às custas do fornecedor.

Por conseguinte, neste próximo caso o consumidor ajuizou ação afirmando nunca ter contratado uma prestadora de serviços de internet e telefonia, Vivo, alegando que sua inscrição no cadastro de inadimplentes se deu de forma equivocada e sem sua correta notificação, motivo pelo qual pleiteou indenização por danos morais.

Contudo, a prestadora demonstrou que houve contrato de prestação de serviço firmado entre as partes, inclusive com análise pericial demonstrando a autenticidade da assinatura, e que houve notificação previa à inclusão do nome do consumidor no cadastro de maus pagadores, o que culminou na condenação do autor em litigância de má-fé, conforme se verifica:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - Inscrição em cadastro de devedores - Cabimento -Comprovação por laudo pericial da autenticidade da assinatura do contratante - Dispensabilidade do aviso de recebimento (AR) na comunicação ao consumidor sobre a negatificação do nome - Súmula 404 do C. STJ - Litigância de má-fé - Caracterização - Evidente tentativa de enriquecimento ilícito - Sentença confirmada -Aplicação do disposto no artigo 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça - RECURSO NÃO PROVIDO. ²⁸

No caso acima o consumidor alterou a realidade dos fatos, contando com a possibilidade de a prestadora não conseguir fazer prova suficiente, em razão da elevada quantidade de clientes que possui, mostrando que mais uma vez a inversão do ônus da prova foi usada de maneira distorcida, com fim de ver-se beneficiado sem causa por um valor indenizatório.

Em continuidade à análise de julgamento de lides em que consumidores adotam condutas temerárias, se verifica o caso em que o fornecedor ajuizou ação possessória para reaver carro que seria objeto de contrato de arrendamento mercantil, em razão da inadimplência das parcelas pelo consumidor contratante.

27 TJ-SP - APL: 92151758220098260000 SP 9215175-82.2009.8.26.0000, Relator: Nelson Jorge Júnior, Data de Julgamento: 20/03/2013, 17ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 26/03/2013

28 TJ-SP - APL: 298922320098260071 SP 0029892-23.2009.8.26.0071, Relator: Elcio Trujillo, Data de Julgamento: 02/03/2011, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/03/2011

Em contestação o consumidor alegou inépcias e requereu a condenação do autor à devolução do valor residual garantido (VRG), entretanto sua pretensão de ver-se reembolsado do valor residual já havia sido postulada em ação própria, tendo sido julgado o pedido improcedente em todas as instâncias, como o consumidor tentou induzir o julgador a erro, foi condenado por litigância de má-fé:

Consumidor e processual. Ação de reintegração de posse. Sentença de procedência. Pretensão do réu à reforma, exclusivamente para que a autora seja condenada a lhe restituir o valor residual garantido. Impossibilidade. Controvérsia sobre a devolução do valor residual garantido (VRG) que já é objeto de outra (e precedente) demanda ajuizada pelo ora apelante. RECURSO DESPROVIDO. Processual. **Pretensão recursal que caracteriza conduta temerária. Litigância de má fé caracteriza e reconhecida de ofício. Imposição, ao apelante, de multa de 1% (um por cento) do valor da causa, atualizado.** ²⁹ (Grifamos)

No caso sobredito, mais uma vez restou caracterizada a intenção de agir com maldade processual por parte do consumidor, que tentou reaver um pedido já negado em todas as instâncias em processo pretérito no intuito de tirar qualquer aproveitamento pecuniário, mesmo não sendo devido.

Já na próxima demanda analisada, o consumidor propôs ação indenizatória aduzindo ser indevida a cobrança de taxa de despachante constante de contrato firmado com empresa prestadora de serviços de assessoria técnica-jurídica, o juízo *a quo* entendeu o pedido de restituição do valor procedente condenando o réu a restituir o montante.

O réu recorreu alegando a legalidade da cobrança da taxa e requerendo a condenação do autor à litigância de má-fé, em virtude da distribuição de quatro outras ações discutindo o mesmo contrato entre as mesmas partes, razão pela qual o recurso foi parcialmente procedente, aponte-se:

Apelação cível. Imóvel. Compra e venda. Cobrança indevida de taxa de despachante. Sentença de procedência. Mérito. Taxa de despachante. Atividade congênere à taxa SATI. Questão objeto de julgamento do Recurso repetitivo REsp 1.599.511-SP (2016/0129715-8) SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 2ª Seção, j. 24/08/2016). Restituição dos valores pagos a título de taxa de despachante. Cabimento da restituição pretendida. Má-fé processual. Pedido da ré/apelante de condenação do autor às penas por litigância de má-fé. Má-fé caracterizada. Inteligência do art. 80, inciso V, do CPC. **Distribuição de quatro demandas autônomas para discussão de questões atinentes a um mesmo contrato. Embora não haja vedação no ordenamento legal, conduta é considerada injustificável e temerária. Sobrecarga desnecessária do judiciário e prejudicial aos demais jurisdicionados.** Multa fixada em meio salário mínimo, nos termos do art. 81, § 2º, do CPC. Sucumbência inalterada. A ré decaiu em parte mínima do pedido. Resultado. Recurso parcialmente provido, com condenação do apelado nas penas por litigância de má-fé.³⁰ (Grifamos)

29 TJ-SP - APL: 00446391320118260554 SP 0044639-13.2011.8.26.0554, Relator: Mourão Neto, Data de Julgamento: 03/03/2015, 27ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 06/03/2015

30 TJ-SP - AC: 10368702120188260576 SP 1036870-21.2018.8.26.0576, Relator: Edson Luiz de Queiróz, Data de Julgamento: 13/08/2019, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/09/2019

Em que pese o autor tivesse razão em seu pedido de restituição do valor pago pela taxa contratual, agiu de forma temerária quando ajuizou outras ações com o mesmo objeto e pedido em face do mesmo réu, deixando de observar os princípios que regem a relação de consumo e a conduta processual esperada.

Na próxima demanda apresentada o consumidor ajuizou ação declaratória combinada com indenizatória, alegando que teve seu nome inscrito em empresa de proteção de crédito em virtude de suposta dívida com empresa fornecedora de cartão de crédito, alega que inexistente dívida, motivo pelo qual requer a declaração de inexistência de vínculo contratual e indenização por danos morais.

Em contestação a ré apresentou ficha cadastral assinada pelo autor e confissão de dívida, na qual constava a concordância do autor em receber cartão fornecido pela ré, o autor não mencionou e não negou que tenha recebido e utilizado o cartão de crédito fornecido, apenas alegou que o contrato apresentado pela ré não possuía a numeração exata do qual constava no cadastro de inadimplentes.

O douto juízo de primeiro grau julgou os pedidos autorais improcedentes e o condenou a multa por litigância de má-fé, como bem observou o julgador, a ré apresentou cópia do documento de identidade do autor que é idêntica à que o próprio apresentou junto à peça vestibular, além da assinatura constante na ficha cadastral ser idêntica ao documento de identidade, conforme colacionado abaixo:

BANCO DE DADOS. DANO MORAL. NÚMERO DO CONTRATO. PROVA DA CONTRATAÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. 1. Não há necessidade de coincidência entre o número do contrato registrado em banco de dados e o documento comprobatório da existência da relação jurídica apresentado nos autos. Nem sempre é o número do contrato que é informado aos órgãos de proteção ao crédito. 2. **A ré apresentou inúmeros documentos comprovando a existência da relação jurídica, e o autor insistiu na numeração dos contratos para afastar o débito, deixando de impugnar sua assinatura e sua fotografia, tirada quando da negociação.** 3. **As alegações do autor são mesmo abusivas e ensejaram sua condenação às penas da litigância de má-fé.** Ocorre que é cediço que devedores contumazes são captados abusivamente por advogados e, nem sempre, essas pessoas entendem as razões pelas quais teriam direito a alguma indenização, prometida ardilosamente. Pena afastada, por ora. 4. Recurso parcialmente provido.³¹

Como bem se verifica, o fato diferencial no julgado acima foi a análise pormenorizada do juízo *a quo* aos documentos apresentados pelo autor e pela ré, ao comparar as cópias de identidade juntadas, bem como a fundamentação crítica do julgador que apontou que o consumidor se tratava de litigante contumaz e que se utilizava do benefício da gratuidade de justiça para ajuizar ações deliberadamente.

31 TJ-SP - AC: 10309309420188260602 SP 1030930-94.2018.8.26.0602, Relator: Melo Colombi, Data de Julgamento: 11/10/2019, 14ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 11/10/2019

No próximo caso o consumidor ajuizou ação de obrigação de fazer combinada com indenizatória, alegando que possuía milhas junto à empresa ré e que ao tentar resgatar as milhas para uma compra de passagem aérea para a Europa teve seu pedido negado, motivo pelo qual requereu tutela de urgência para obrigar a ré a efetuar a compensação das milhas e a indenizá-lo por suposto dano moral.

A ré contestou alegando que o autor havia adquirido as passagens numa promoção não cumulativa, em que pagou o valor de R\$599,99 (quinhentos e noventa e nove reais e noventa e nove centavos) por passagens que originalmente valiam R\$2.100,00 (dois mil e cem reais), que as regras do programa de milhas deixavam claro a não cumulatividade com outras promoções, que era exatamente o caso em comento, seguiu alegando que o autor possuía pleno conhecimento do regulamento e que se trata de litigante contumaz.

A sentença de primeiro grau julgou procedente a ação e condenou a ré a creditar o montante de milhas requerido, além de pagar verba indenizatória por danos morais e às custas e honorários sucumbenciais. Inconformada a ré recorreu e teve seu recurso provido nos seguintes termos:

APELAÇÃO CÍVEL. TRANSPORTE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO INDENIZATÓRIO. COMPRA DE MILHAS AÉREAS. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO CUMULATIVA DE PROMOÇÕES. INQUESTIONÁVEL O DOMÍNIO DA PARTE AUTORA QUANTO ÀS REGRAS ATINENTES À COMPRA DE PASSAGENS AÉREAS PELA INTERNET E UTILIZAÇÃO DE MILHAS. LITIGANTE CONTUMAZ. INOCORRÊNCIA DE FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. AUSÊNCIA DE DEVER DE INDENIZAR. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ CARACTERIZADA. FIXAÇÃO DE MULTA. ART. 81, CAPUT, CPC. À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.³² (Grifamos)

Importa dizer que na fundamentação da relatora restou consignada a conduta temerária do autor, que possuía pleno conhecimento da promoção e que, repetidamente, contrata serviços e ajuíza ações para reclamar a forma que são prestados, sempre utilizando as falhas nos sistemas que ele conhece por ser cliente assíduo, e em razão de sua conduta que fere a boa-fé foi condenado à multa por litigância de má-fé.

Em última análise, o processo abaixo é bastante inusitado, o autor ajuizou ação contra a concessionária Rio Pax referente a jazigos que alega ser de sua propriedade, requereu a gratuidade de justiça e teve seu pedido negado pelo douto juízo de primeiro grau, inconformado com a negativa insurgiu-se contra a decisão.

No entanto, a decisão foi mantida uma vez que os julgadores entenderam que o pagamento das custas judiciais pelo consumidor era devido, eis que possuía diversos jazigos em seu nome e que cada um deles custa elevado valor, além de ser o autor um litigante contumaz que entre

³² Apelação Cível Nº 70075145110, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Katia Elenise Oliveira da Silva, Julgado em 18/10/2017

os anos de 2015 e 2018 já ajuizou 214 ações discutindo a propriedade de jazigos diferentes, nos termos que se vê abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE REVOGA A GRATUIDADE DE JUSTIÇA. TITULARIDADE DE JAZIGO PERPÉTUO. **AGRAVANTE QUE É LITIGANTE CONTUMAZ, POSSUINDO 214 PROCESSOS DISTRIBUÍDOS ENTRE OS ANOS DE 2015 E 2018.** EM CADA UM DELES, REQUER TUTELA JUDICIAL REFERENTE A UM JAZIGO DIFERENTE. PROPRIEDADE DE INÚMEROS JAZIGOS QUE NÃO É CONDIZENTE COM A SITUAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA. DECISÃO QUE SE MANTÉM. RECURSO CONHECIDO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.³³ (Grifamos)

No caso supramencionado, chama atenção a quantidade de ações ajuizadas por uma mesma pessoa num curto espaço de tempo, três anos, com o mesmo objeto, sendo certo que o postulante utiliza da prerrogativa da facilitação do acesso à justiça trazido pelo Código de Defesa do Consumidor, que se traduz neste caso no benefício da gratuidade de justiça, para litigar de maneira habitual e deliberada.

Portanto, restou verificado que os consumidores também adotam condutas que ferem os princípios norteadores da relação de consumo previstos na legislação pátria e, justamente por isso, devem os julgadores analisar o caso concreto para aplicar corretamente as prerrogativas que o Código de Defesa do Consumidor traz.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do que foi exposto neste trabalho, resta inegável que os movimentos históricos das relações de consumo foram determinantes para a construção do cenário atual dessas relações e que as culturas de condutas abusivas por parte dos fornecedores trouxeram a necessidade de intervenção estatal e da maximização da proteção ao consumidor.

Por certo, o poder judiciário vem acompanhando as mudanças nos fatos sociais e as evoluções que ocorreram na relação de consumo, como bem analisado, a constituição abriu alas à positivação do direito do consumidor e o código de defesa do consumidor veio para reequilibrar uma relação historicamente desequilibrada.

Para tanto, o Código de Defesa do Consumidor apresentou a característica de ser uma norma principiológica, positivando diversos princípios com o fito de regular as normas de condutas que seriam adotadas pelas partes envolvidas na relação de consumo, sendo a boa-fé o principal princípio norteador.

33 TJ-RJ - AI: 00335086820198190000, Relator: Des(a). LUCIA HELENA DO PASSO, Data de Julgamento: 13/06/2019, VIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

Neste sentido, a boa-fé, seja a subjetiva ou a objetiva, deve ser observada por todas as partes envolvidas na relação, desde o momento em que determinada propaganda é posta em mercado até o fim de eventual ação judicial. Em sede jurisdicional não é diferente, todos os agentes envolvidos na lide devem cultivar a cooperação para a correta solução da demanda, sabendo que a cooperação é derivada da boa-fé.

No entanto, os impactos dessa lembrança histórica de que as empresas sempre agem de forma desleal ainda são vistos na sociedade, o que reflete diretamente na maneira como o poder judiciário julga cada caso que trate deste tema, sendo uma realidade a aplicação das prerrogativas trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor mesmo quando o caso não atende aos requisitos necessários.

Como bem visto, em muitos casos os consumidores deixam de observar os princípios que norteiam a relação consumerista, aproveitando-se das prerrogativas que possuem na qualidade de consumidores para tirar benefícios às custas das empresas e utilizando a máquina judiciária para isso.

É bem verdade que em muitos casos, eles aproveitam-se da gratuidade de justiça para litigar deliberadamente, além de utilizar a inversão do ônus da prova como arma a pleitear por qualquer infortúnio da vida cotidiana.

Para combater as condutas temerárias, a legislação processual e o próprio código de defesa do consumidor trazem penalidades que podem ser aplicadas pelos julgadores, os casos apresentados neste trabalho se detiveram apenas àqueles em que a conduta dos consumidores foi de fato condenada em sede de pleito judicial.

Todavia, em muitos casos as empresas sequer recorrem às sentenças para questionar a conduta ardilosa do consumidor, eis que, geralmente, a eles são concedidos o benefício da gratuidade de justiça, mas às empresas cabe arcar com as custas judiciais.

Neste sentido, mesmo que em sede de primeiro grau haja a procedência do pedido do consumidor e a empresa entenda que existe conduta temerária por parte deste, o valor que se paga para recorrer muitas vezes é o mesmo arbitrado na condenação, de modo que a empresa perde financeiramente em ambos os casos, esteja certa ou errada.

Ainda assim, como bem apontado neste trabalho, já existe um leve movimento no judiciário no sentido de coibir as condutas imorais e ardilosas por parte dos consumidores, mostrando a tendência para romper o julgamento prévio de que a empresa está sempre errada e o consumidor sempre do lado da razão.

Portanto, conclui-se se o Código de Defesa do Consumidor trouxe muitas mudanças positivas à relação de consumo e que seu principal intuito é harmonizar esta relação, não apenas protegendo uma parte em detrimento da outra, e que os julgadores vêm observando esta característica, mas ainda de maneira tímida, sendo necessário que analisem com cautela os casos concretos, para que as prerrogativas sejam aplicadas dentro dos requisitos que a própria lei determina e que as empresas não sejam mais oneradas do que devem.

REFERÊNCIAS

- BENJAMIN, Antônio Herman. et al. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: 2013.
- BOLZAN, Fabrício. **Direito do Consumidor Esquemático**. 2. ed. São Paulo: 2014
- BONATTO, Cláudio. **Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: Princípios; Conceitos e Contratos atuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001
- BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 27/09/2019
- BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 27/09/2019
- CONTEÚDO JURÍDICO, **Direito do Consumidor**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,abuso-do-direito-pelo-consumidor,52754.html>. Acesso em: 13/06/2019
- COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**. 2. ed. Saraiva. 2018
- DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005. Vol. 1.
- ESTADÃO, **O equilíbrio na relação entre consumidor e fornecedor**. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-equilibrio-na-relacao-entre-consumidor-e-fornecedor/>. Acesso em: 12/06/2019
- FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**, 14. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 13. ed. Rio de Janeiro. 2015. 1v.
- IDEC. **Bastaria a boa-fé nas relações de consumo**. Disponível em: <https://idec.org.br/em-acao/artigo/bastaria-a-boa-fe-nas-relacoes-de-consumo>. Acesso em: 14/05/2019
- JUS. **O princípio da boa-fé como ponto de equilíbrio nas relações de consumo**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4706/o-principio-da-boa-fe-como-ponto-de-equilibrio-nas-relacoes-de-consumo>. Acesso em: 25/05/2019
- NORONHA, Fernando. **Significado da tutela do consumidor e suas limitações**. Informativo INCIJUR, n. 61, ago/2004, p. 4
- NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 12. ed. São Paulo. 2018.
- REALE, Miguel. **A boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SIDOU, J. M. Othon. **Proteção do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Flavia Soares de Menezes Castro
Prof^{fa}. Orientadora: Luciana Picanço

RESUMO

Este trabalho versa sobre questões relativas à proteção do consumidor no comércio eletrônico, uma nova forma de contrato que vem cada vez mais crescendo no Brasil. O Código de Defesa do Consumidor apresenta-se como um texto normativo abrangente e de proteção do consumidor virtual, com sólidos princípios aplicáveis a essa relação jurídica. Igualmente destaca-se a necessidade de regulamentação específica sobre a matéria, que tem amparo no Código de Defesa do Consumidor e com o Decreto 7.962 de 2013. Também tratando da vulnerabilidade do consumidor no que tange ao respeito no ambiente virtual de intensa publicidade e ofertas online. A fim de alcançar o propósito, realizou-se uma pesquisa bibliográfica para a compreensão dos conceitos relacionados ao tema, bem como uma pesquisa de campo para coleta de dados referentes ao comportamento e conhecimento do consumidor voltado para as compras online.

PALAVRAS-CHAVES: Consumidor. Princípios. Decreto 7.962/2013; Defesa do Consumidor. Comércio Eletrônico.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo aborda a proteção ao consumidor no comércio eletrônico, Tendo em vista a projeção dos efeitos da globalização não apenas em âmbito social, mas como também no âmbito corporativo e econômico, torna clara a necessidade de reestruturação do ambiente de negócios, que cada vez mais, devido ao avanço tecnológico traz reflexões e contrapontos ao se estender ao ambiente virtual.

A crise político-econômica que se instaurou em nosso país despertou um elevado índice de desemprego que resultou em um cenário de instabilidade financeira forçando o ser humano a repensar as atuais formas de produção, priorizar e distinguir serviços que devem ser mantidos ou não, bem como meios alternativos para conciliar competitividade e lucratividade das empresas com a geração e distribuição de renda.

O propósito das previsões no Código de Defesa do Consumidor (CDC) é a proteção da parte vulnerável. Sua função é conceder ao consumidor garantia, segurança e credibilidade.

Os contratos de consumo devem ser observados não somente no contrato, mas também nas relações de consumo virtuais, senão o próprio comércio no ambiente virtual estará prejudicado. Desta forma, o comércio eletrônico é um tema de grande importância no ordenamento jurídico.

Na década de 1990, o legislador não pôde dimensionar os reais efeitos do comércio eletrônico nas relações de consumo, dado à velocidade dos avanços tecnológicos em âmbito comercial. Havia uma demanda de normalização específica no comércio eletrônico por carregar em sua essência novas diretrizes que pendiam para uma consequência da evolução, isto para que as leis possam abranger as nuances deste tipo de comércio, e assim destrinchar com propriedade possíveis rupturas que decorram desta relação comercial eletrônica.

O Governo Federal, por meio do Diário Oficial da União, no dia 15 de março de 2013, publicou o Decreto de nº 7.962/2013, com objetivo de regulamentar os direitos dos consumidores na esfera da contratação virtual.

O que nos leva a pensar, podendo ser feitos alguns questionamentos, em torno dos quais se direcionaram a pesquisa. Qual o impacto econômico em âmbito nacional do comércio eletrônico? Como fica a defesa do consumidor nesse novo tipo de comércio?

Respondendo ao primeiro questionamento pode-se afirmar que, de acordo com o Webshoppers o comércio eletrônico no Brasil apesar da crise econômica que está passando, teve um crescimento de 12,1% nominal atingindo um faturamento de R\$ 23,6 bilhões no primeiro semestre de 2018 alinhados com as previsões da Ebit (Earning Before Interest and Taxes, também chamada no Brasil de LAJIR (Lucro Antes de Juros e Imposto de Renda)).¹

Respondendo ao segundo questionamento, pode-se afirmar que os inúmeros consumidores incentivados pelo acesso fácil aos numerosos bens de consumo concretizam negócios, muitas vezes, sem a devida cautela, podendo ocasionar prejuízos e grandes aborrecimentos. O legislador ao perceber tamanho crescimento das relações de consumo por meio eletrônico viu-se na necessidade de regulamentar e adaptar a legislação brasileira a essa nova modalidade de comércio, pois percebeu que o consumidor, constantemente, estava em desvantagem aos fornecedores, estando sujeitos a práticas abusivas.

A pesquisa teve os seguintes objetivos gerais: Analisar a eficácia do Código do Consumidor dentro do comércio eletrônico. Analisar a necessidade do advento do Decreto nº. 7962/2013 para o preenchimento das lacunas do CDC. expor alguns pontos específicos do comércio eletrônico, bem como a relevância do Decreto Federal no 7.962/2013 para a relação de consumo existentes no meio virtual.

O tema abordado na presente pesquisa vem tentar explicar as diferenças que compõem a relação, consumidor versus comércio eletrônico, mostrando os direitos e deveres, as garantias mais vantajosas do comércio eletrônico em cima do comércio tradicional. Busca-se compreender tipos de responsabilidade do fornecedor, nas relações de consumo, definidas pelo defeito do

1 E-BIT (2018). Relatório Webshoppers 38 ed. 2018. Disponível em: http://www.fecomercio.com.br/public/upload/editor/ws38_vfinal.pdf. Acesso em 04/10/2019.

produto, bem como a diferença da responsabilidade subsidiária e solidária do comerciante, quando na constatação do defeito do produto apresentado para o mercado de consumo, como pode e como deve ser aplicada esta responsabilidade. As mudanças de comportamento dos consumidores em relação às preferências de consumo, e como o direito vem para garantir esses direitos.

Esse trabalho não tem pretensão de esgotar o tema aqui abordado, não se pretende dar todas as soluções, mas traçar critérios gerais, que servirão de norte para a adequada relação entre fornecedor e consumidor.

Fora utilizada a pesquisa bibliográfica, de legislação e a aplicação de um questionário por meio do programa Survey Monkey, aplicado a pessoas de ambos os sexos, idades variadas para colher suas opiniões sobre experiências de compras através do comércio eletrônico, 258 pessoas responderam ao questionário. As questões foram fechadas, mas abriu-se a oportunidade, em algumas questões, para que as pessoas se expressassem e ao mesmo tempo, que dessem suas respectivas opiniões, podendo inclusive relatar suas vivências. As respostas foram organizadas em gráficos e as opiniões passaram por uma análise quantitativa. Entre as conclusões, percebeu-se que apesar de o Código do Consumidor não ser bem divulgado, a maioria das pessoas não teve qualquer problema com compras online, mesmo sem saber certo qual é o prazo de devolução do produto por arrependimento ou por defeito. No geral, ainda que de forma confusa, o consumidor nutre algum conhecimento de direitos básicos do comércio eletrônico, como por exemplo, o prazo de devolução em caso de arrependimento.

2 O COMÉRCIO ELETRÔNICO: ORIGEM E ESTRUTURA

O comércio eletrônico surgiu na década de 70 com a finalidade de envio de documentos. À medida que a tecnologia da informação foi progredindo e com seu avanço, o comércio eletrônico foi expandindo para outras áreas. As primeiras empresas a utilizarem o e-commerce no Brasil foram: Lojas Americanas, grupo Pão de Açúcar, Magazine Luiza, Época, Booknet que foi vendida e é atualmente conhecida como “Submarino”.

O *e-commerce* teve um crescimento significativo nos últimos anos, principalmente por causa do avanço da tecnologia móvel. Com a disseminação dos *smartphones*, da banda larga e do acesso ao 4G, eles assumem um papel importante nesse cenário. De acordo com o Webshoppers 39, “As vendas via dispositivos móveis também conhecidas como m-commerce, representam 42,8% de todos os pedidos do e-commerce do Brasil em Janeiro de 2019. Enquanto o e-commerce total cresceu 12% em 2018, o m-commerce cresceu 41% no mesmo período”.²

2 E-BIT (2019). Relatório Webshoppers 39 ed. 2019. Disponível em: <http://https://www.ebit.com.br/webshoppers>. Acesso em: 20/10/2019.

O comércio eletrônico surge para viabilizar uma melhor relação de consumo, na ampliação de possibilidades na interação com diversos sujeitos, na escolha de produtos e serviços de forma cada vez mais diversificada, na obtenção de bens ou serviços diferenciados e na diminuição do tempo de escolha, e isso sobre o ponto de vista de uma alta redução nos custos de transação com o propósito de melhor atender o consumidor.

Para Tarcisio Teixeira o conceito de comércio eletrônico define-se como:

O comércio eletrônico ou *e-commerce* representa parte do presente e do futuro do comércio. Existem várias oportunidades de negócios espalhadas pela Internet, além de muitas que são criadas em todo momento. É bem provável que uma pesquisa de preços na Internet traga não só o menor preço, como também melhores opções de bens. E, apesar do gargalo representado pelo “analfabetismo digital” de uma grande parcela da população, o *e-commerce* já desponta junto a uma geração que nasceu com o computador “no colo” ou “nas mãos”. O crescimento do número de internautas na última década é espantoso.³

Já para Alberto Luiz Albertin a definição comércio eletrônico é:

O comércio eletrônico é a realização de toda a cadeia de valor dos processos de negócio num ambiente eletrônico, por meio da aplicação intensa das tecnologias de comunicação e de informação, atendendo aos objetivos de negócio. Os processos podem ser realizados de forma completa ou parcial, incluindo as transações negócio-a-negócio, negócio-a-consumidor e intra-organizacional, numa infra-estrutura predominantemente pública de fácil e livre acesso e baixo custo.⁴

Podemos definir comércio eletrônico como a compra e venda de produtos, informações e serviços através de uma rede global de computadores. O comércio eletrônico revolucionou a indústria, simplificando e automatizando processos, conseqüência do uso de avanços tecnológicos que permitem confiabilidade, redução de custo, rapidez e eficiência na realização de negócios.

A adequação da tecnologia é a chave para o ápice do sucesso, os domínios das tecnologias disponíveis no mercado sempre permitirão um melhor direcionamento das mesmas para o mercado consumidor trazendo um impacto direto na automação de processos e conseqüentemente nos resultados esperados.

Em paralelo a todo avanço e automação, existe uma preocupação na manutenção do equilíbrio do negócio jurídico. Os pilares que protegem a relação consumidor e fornecedor continuam sendo algo de extrema preocupação, já que existe uma maior vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor.

3 TEIXEIRA, Tarcisio. **Comércio eletrônico**, São Paulo, Saraiva, 2015. p19.

4 ALBERTIN, Alberto Luiz, **Comércio eletrônico**, São Paulo: Atlas, 2000. 2. ed. p248.

Essa proteção ao consumidor está expressa na Carta Magna de 1988, que trata da defesa do consumidor como direitos e garantias fundamentais, deixando claro que o constituinte deveria buscar e efetivar a implantação de uma política nacional de relações de consumo.

Assim, encontra-se no art. 5º, inciso XXXII da Constituição Federal vigente que “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Conseqüentemente, é responsabilidade do Estado instaurar equilíbrio e igualdade nas relações de consumo.

Assim sendo, transforma-se em uma preocupação social a relação consumerista, sendo necessário que o direito do consumidor se adeque às novas exigências do mercado. A criação de instrumentos específicos para proteção do consumidor em um ambiente virtual (e-commerce) continua latente, apesar da existência do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o mesmo é instrumento capaz de proteger o cidadão nessas relações, no entanto, de forma geral.

Nesse sentido, surge o Decreto Federal no 7.962/2013, esse diploma legal traz inovações relevantes para as vendas on-line no país.

3 DEFINIÇÕES DE CONSUMIDOR E FORNECEDOR

3.1 Definição de consumidor

Consumidor é toda pessoa física ou jurídica com capacidade de adquirir bens de consumo ou serviços, qualquer indivíduo capacitado economicamente para comprar algo, pode ser considerado um consumidor.

O Código do Consumidor se encarregou de conceituar consumidor e em seu artigo 2º, *caput*, define que: “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Sobre a segunda parte que fala “destinatário final” em cima deste conceito, estabeleceram-se na doutrina duas teorias, são elas: a Maximalista e a Finalista.

Teoria Maximalista, destinatário final é todo aquele consumidor que adquire o produto para o seu uso, independente da destinação econômica conferida ao mesmo. Essa teoria define uma interpretação extensiva do artigo 2º do CDC, permitindo que o consumidor possa ser tanto uma pessoa física, que adquire o bem para o seu uso pessoal, quanto uma grande empresa que pretende conferir ao bem adquirido desdobramentos econômicos, ou seja, utilizá-lo nas suas atividades produtivas.

Teoria Finalista, o destinatário final é aquele que utiliza o bem como consumidor final, de fato e econômico. De fato porque o bem será para o seu uso pessoal, econômico porque o bem adquirido não será utilizado ou aplicado em qualquer finalidade produtiva, tendo a sua etapa econômica finalizado na pessoa do adquirente.

Em seu entendimento o STJ tem adotado a Teoria Finalista Mitigada, em que considera-se consumidor tanto a pessoa que adquire para o uso pessoal quanto os profissionais liberais e os pequenos empreendimentos que conferem ao bem adquirido sem que sua aquisição configure na econômica.

Para Diovana Barbieri a definição de consumidor é dividida de quatro maneiras sendo a primeira definição encontrada no artigo 2º do CDC.

A primeira definição encontra-se no art. 2º que dispõe: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. O traço marcante deste conceito refere-se à exigência de que o consumidor, independentemente de ser pessoa física ou jurídica, adquira ou utilize produtos e serviços como destinatário final.⁵

Segunda definição:

O mesmo dispositivo aborda o segundo enunciado de consumidor ao consignar em seu parágrafo único que “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. O parágrafo único alargou o conceito do caput considerando a coletividade de pessoas como consumidora, a fim de dar maior abrangência à disciplina da Lei 8.078/90, através da valoração jurídica do indivíduo que estabelece uma relação tática com o fornecedor, independentemente da aquisição efetiva do produto ou serviço, bem como através da tutela dos interesses individuais homogêneos e difusos. Trata-se de uma norma de caráter genérico, interpretativo e aplicável a todos os capítulos e seções do código.⁶

Já a terceira e quarta definição trata dos artigos 17 e 29 do CDC segundo os quais são vítimas de acidentes decorrente em razão de produto ou serviço. “O alargamento da proteção Consumerista aos chamados *bystanders* justifica-se ante a importância dos bens jurídicos atingidos pelos acidentes de consumo,”⁷ bem como aqueles que estejam expostos às práticas consideradas abusivas, “considera-se consumidor qualquer pessoa exposta às práticas comerciais relativas à oferta, publicidade, práticas abusivas, cobrança de dívidas, banco de dados e cadastro de consumidores”⁸. A explicação da existência destes artigos se justifica, pois, muitas pessoas, mesmo não sendo consumidores diretos, podem ser atingidas ou prejudicadas pelas atividades de fornecedores no mercado em geral.

3.2 Definição de fornecedor:

Fornecedor é toda pessoa ou empresa, nacionais ou estrangeiras, que insere no mercado, com a condição de habitualidade e mediante remuneração, um produto ou serviço.

Em nosso ordenamento jurídico o conceito de fornecedor está descrito no art.3º do CDC da seguinte forma:

5 BARBIERI Diovana. **A proteção do consumidor no comércio eletrônico**. Curitiba. Juruá Editora, 2013. p.41.

6 Idem. p. 42

7 Idem. p. 42

8 Idem. p. 43

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

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

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

Para Rizzatto Nunes não há exclusão alguma dos tipos de pessoas jurídicas:

A leitura pura e simples desse caput já é capaz de nos dar um panorama da extensão das pessoas enumeradas como fornecedoras. Na realidade são todas as pessoas capazes, físicas ou jurídicas, além dos entes desprovidos de personalidade.

Não há exclusão alguma do tipo de pessoa jurídica, já que o CDC é genérico e busca atingir todo e qualquer modelo. São fornecedores as pessoas jurídicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, com sede ou não no País, as sociedades anônimas, as por quotas de responsabilidade limitada, as sociedades civis, com ou sem fins lucrativos, as fundações de economia mista, as empresas públicas, as autarquias, os órgãos da Administração direta etc.⁹

4 O DIREITO DO CONSUMIDOR NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DO COMÉRCIO VIRTUAL

A proteção dos direitos do consumidor está calcada na Constituição Federal. Em 1988 a Constituição Federal elevou à categoria de direito fundamental a defesa do consumidor em seu artigo 5º, XXXII.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

A Constituição Federal também impôs proteção aos consumidores em seu artigo 24, inciso VIII ao prever competência legislativa aos entes federados (União, Estados e Distrito Federal), sobre responsabilidade por dano ao consumidor e em seu artigo 170, inciso V consagrou o princípio da ordem econômica.

Dessa forma, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor e buscando estabelecer uma política nacional das relações de consumo, em setembro de 1990, surgiu no Brasil o Código de Defesa do Consumidor.

9 NUNES, Rizzatto, **Curso de direito do consumidor**, São Paulo, Saraiva, 2018 12 ed. P. 93

Com a promulgação do CDC o cenário de desigualdade entre o fornecedor e o consumidor pôde ser transformado. Agora a sociedade de consumo passou a ser detentora de uma série de direitos e proteções garantidas na legislação especializada. Visando a proteção dos mais frágeis, o CDC se tornou uma nova modalidade de proteção da dignidade humana e para o exercício da cidadania, cumprindo os princípios fundamentais que constam no Art. 1º, II e III, da CF/88. “Nem tudo que foi idealizado no início desse código de proteção foi realizado, mesmo assim nesses 25 anos de CDC, apareceu um dever de qualidade, não tendo mais o fornecedor a opção de escolher prestar garantia ou não.”¹⁰

Percebendo essa melhoria após a criação do CDC, Prux, relata:

Enfim, neste tempo decorrido, o direito do consumidor se consolidou, tanto no sistema jurídico em que galgou seu lugar como importante ramo do direito, quanto e principalmente, na realidade social, demonstrando que o direito pode sim, ser instrumento de transformação social.¹¹

Entretanto, embora o Código de Defesa do Consumidor seja uma norma prospectiva, isto é, com texto normativo abstrato e apto para ser aplicado a novas formas de consumo, não pôde prever o surgimento do comércio eletrônico e nem os desafios introduzidos por ele. Pode-se perceber que a evolução do comércio eletrônico trouxe aos consumidores uma variedade e quantidade de produtos e serviços oferecidos na internet.

4.1 Decreto nº 7.962/2013

Vive-se hoje a chamada “Era da Informação Digital”, trazendo inúmeros benefícios e facilidades ao consumidor por aumentar sua liberdade de escolha e ampliando seu horizonte em uma grande gama de informações sobre produtos e fornecedores em um curto espaço de tempo.

O que se nota, no direito comparado, é uma tendência a exigir maior cuidado por parte daqueles que usam a Internet para oferecer seus produtos, no que se refere à sua identificação, as suas qualidades e riscos, para a segurança dos consumidores e do mercado em geral, bem como o emprego de sistemas que diminuam o risco de invasões, mutações e desvios de dados gerados no intercâmbio eletrônico. Quando, pois, alguma medida de segurança obrigatória é negligenciada pelo responsável pelo instrumento eletrônico de contratação, isto, por si só, pode gerar responsabilidade civil, perante quem, afinal, suportou algum dano.¹²

10 PRUX, Oscar Ivan. **Os 25 anos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, sua história e as novas perspectivas para o século XXI**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.

11 Idem. p.24

12 THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direito do consumidor**. São Paulo. Editora Forense. 2017. p130

Acredita-se que o consumidor estaria mais vulnerável e submisso às práticas comerciais difundidas no ambiente virtual. As dificuldades decorrentes da falta de familiaridade com o acesso também contribuíram para o desenvolvimento de vulnerabilidades relacionadas com a tecnologia. Isso porque na relação comercial digital o fornecedor é o detentor de amplo poder informacional, técnico e de linguagem. “Daí por que essas variações funcionais haverão de ser levadas em conta para buscar a mais adequada configuração do ato ou negócio jurídico afinal consumado por meio da comunicação eletrônica de dados.”¹³

Nesse sentido, o *e-commerce* está regulado no ordenamento brasileiro em vigência, no Decreto 7.962/2013, que em 15 de março de 2013, o qual entrou em vigor em 14 de maio de 2013, com o intuito de regulamentar os direitos dos consumidores no que tange à contratação no comércio eletrônico, dentre os quais, o aperfeiçoamento do direito à informação nas compras efetuadas no *e-commerce*.

No comércio eletrônico, o direito de informação do consumidor não se restringe às características do produto ou serviço contratado. É essencial que sejam dadas informações precisas a respeito da identidade do fornecedor. Isto porque, as circunstâncias do negócio, que é realizado fora do estabelecimento comercial e, muitas vezes, sem contato direto com o fornecedor, coloca o consumidor numa condição específica de vulnerabilidade.¹⁴

O Decreto introduz ainda regras de conduta a serem seguidas pelos fornecedores no que tange ao atendimento dos consumidores e dispõe de mecanismos para o exercício do direito de arrependimento. Ao versar sobre a obrigação de fornecer informações claras sobre o produto, serviço e fornecedor, o Decreto nº 7.962/2013 faz clara menção ao Código de Defesa do Consumidor, de modo que as normas protetivas do consumidor previstas no código são passíveis de aplicação no comércio eletrônico quando caracterizada a relação de consumo. Ainda sobre a informação sobre o produto, o CDC enfatiza a importância de proteção.

O art. 2º, do Decreto nº 7.962 do ano de 2013, trata de informações nas quais as empresas que oferecem seus produtos e serviços através do comércio eletrônico, devem viabilizar aos usuários, “o direito a receber informações claras, precisas e suficientes, é um dos principais direitos que compõem a defesa do consumidor”.¹⁵

Conforme demonstra Tarcísio Teixeira:

De acordo com o art. 2º, do referido decreto, os sites de comércio eletrônico ou outros meios eletrônicos devem manter em destaque e facilmente visualizável: o seu nome empresarial e o número do CNPJ; o seu endereço físico e eletrônico, bem como outros dados para sua localização e contato; as descrições essenciais do bem, incluindo os riscos à saúde e à segurança; a especificação no preço de

13 Idem.p.130

14 Idem. p.131

15 BARBIERI, Diovana. **A proteção do consumidor no comercio eletrônico**. Curitiba. Juruá Editora, 2013. p.118

quaisquer adicionais, como despesas com frete ou seguro, as condições integrais da ofertam albergando a disponibilidade, formas de pagamento, maneiras e prazo de entrega ou disponibilização do produto ou de execução do serviço; as informações claras e evidentes sobre restrições ao aproveitamento da oferta.¹⁶

E Diovana Barbieri:

A indicação do fornecedor, a descrição do bem ou serviço e o esclarecimento das condições do negócio são imprescindíveis para garantir a opção consciente do sujeito vulnerável. Desta forma receber uma regulamentação bastante incisiva e, ao que parece, reforçada, a cada nova lei que entra em vigor. No âmbito da contratação eletrônica, tem especial relevo, por falta de contato presencial do consumidor com o objeto e com o fornecedor.¹⁷

Analisando o art. 3º, ele traz regra específica do comércio eletrônico que versa sobre compras coletivas, neste ponto, caso não se alcance a quantidade de consumidores estipulada previamente, a oferta será cancelada; Também:

A norma regulou a oferta para compra coletiva, caracterizada por um “sistema em que fornecedores de produtos e serviços anunciam em um determinado site de Internet determinada oferta cuja contratação deve se dar exclusivamente por meio do provedor, comprometendo-se a assegurar uma vantagem substancial (normalmente desconto no preço), sob a condição de que determinado número de consumidores venham a celebrar o contrato.”¹⁸

O referido artigo traz, além das regras do art. 2º previstas para o *e-commerce*, regras aplicáveis a essa modalidade, quais sejam: dever de informar a quantidade mínima de consumidores para que se possa efetivar o contrato; prazo para utilização da oferta e a identificação tanto do fornecedor responsável pelo site quanto do fornecedor responsável pelo produto ou serviço. “A compra coletiva é objeto de regulamentação específica pelo projeto de lei n. 1.232/2011, o qual tem por fim regram a venda eletrônica coletiva de produtos e serviços por meio de sites, estabelecendo critérios para o funcionamento das empresas que operem nesse setor.”¹⁹

Um ponto que deve ser destacado no Decreto 7.962/2013, é o art. 5º que refere-se sobre o direito de arrependimento. Os parágrafos do artigo em comento abordam como se opera o direito de arrependimento que, ao ser exercido, implicará rescisão dos contratos acessórios, sem ônus para o consumidor. O mesmo não traz prazo especial para o exercício do direito no comércio eletrônico. No entanto não há nenhuma dúvida, uma vez que se aplica o mesmo prazo constante no artigo 49

16 TEIXEIRA, Tarcísio. **Comércio Eletrônico**: Conforme o Marco Civil da Internet e a regulamentação do E-commerce no Brasil. São Paulo: Saraiva, 3. ed.2015. p. 81

17 BARBIERI, Diovana. **A proteção do consumidor no comercio eletrônico**. Curitiba. Juruá Editora, 2013. p.118

18 THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direito do consumidor**. São Paulo. Editora Forence. 2017. p132

19 TEIXEIRA, Tarcísio. **Comércio Eletrônico**: Conforme o Marco Civil da Internet e a regulamentação do E-commerce no Brasil. São Paulo: Saraiva, 3. ed.2015. p.82

do CDC: “O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.”.

Adriano Roberto Vancim e Jefferson Luiz Matiolo destacou ainda que, “assegura-se ainda ao consumidor, o direito á devolução das quantias pagas, corrigidas monetariamente, sendo considerada abusiva e nula de pleno direito, cláusula contratual que restrinja tal direito. Parágrafo único do art.49 do CDC ²⁰

Igualmente, incumbe exclusivamente ao fornecedor arcar com os gastos advindo do negócio, como despesas com frete, entrega do material e outros encargos mais, sendo também considerada abusiva e nula cláusula em sentido contrário, haja vista a obstaculização gerada ao direito de arrependimento do consumidor.²¹

O legislador se preocupou em deixar claro que a inobservância das condutas exigidas no Decreto em análise, ensejará a aplicação das sanções previstas no art. 56 do Código de Defesa do Consumidor, conforme art. 7º do diploma legal.

No art. 56 o Código de Defesa do Consumidor, prevê as seguintes sanções:

Art. 56 - As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

- I - multa;
- II - apreensão do produto;
- III - inutilização do produto;
- IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente;
- V - proibição de fabricação do produto;
- VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço;
- VII - suspensão temporária de atividade;
- VIII - revogação de concessão ou permissão de uso;
- IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade;
- X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade;
- XI - intervenção administrativa;
- XII - imposição de contrapropaganda.

Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo

20 VANCIM, Adriano Roberto. Matioli, Jefferson Luiz. **Direito e Internet**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2. ed. 2014. p.137. Esse sentido dispõe o Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

21 Idem. p.137

5 CONTRATOS NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

5.1 Conceito de contratos:

Contrato é um acordo de duas ou mais vontades, em conformidade com o ordem jurídica, designado a estabelecer uma composição de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir obrigações. “O contrato é a mais comum e a mais importante fonte de obrigação, devido às suas múltiplas formas e inúmeras repercussões no mundo jurídico.”²²

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves contrato é:

O contrato é uma espécie de negócio jurídico que depende, para a sua formação, da participação de pelo menos duas pessoas. É, portanto, negócio jurídico bilateral ou plurilateral. Com efeito, distinguem-se, na teoria dos negócios jurídicos, os unilaterais, que se aperfeiçoam pela manifestação de vontade de apenas uma das partes, e os bilaterais, que resultam de uma composição de interesses. Os últimos, ou seja, os negócios bilaterais, que decorrem de mútuo consenso, constituem os contratos.²³

Para Caio Mario:

O fundamento ético do contrato é a vontade humana, desde que atue na conformidade da ordem jurídica. Seu habitat é a ordem legal. Seu efeito, a criação de direitos e de obrigações. O contrato é, pois, um acordo de vontades, na conformidade da lei e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos.²⁴

5.2 Contrato eletrônico:

O contrato eletrônico segue as mesmas leis que os contratos tradicionais, ele deve estar de acordo com a lei, para possuir validade, o contrato deve ser de conhecimento de todas as partes envolvidas, estando de acordo com os termos que ali se encontram. Eletrônico é o meio utilizado pelas partes para formalizar o contrato, portanto, pode-se entender por contrato eletrônico aquele em que o computador ou smartphone é utilizado como meio de manifestação e de aceitação da vontade das partes. O contrato eletrônico deverá cumprir todas as hipóteses e as formalidades que são impostos aos contratos tradicionais, em especial ao que toca a fase pré-contratual, tendo em vista que o meio virtual promove ao consumidor uma grande vulnerabilidade. Ele sempre devesse

22 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 13. ed. 2016. p.21

23 GOMES, Orlando, Contratos, p.4; Rodrigues, Silvio, Direito civil, v. 3, p.9. apud GONÇALVES, Carlos Roberto., **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 13. ed. 2016. p.22

24 PEREIRA Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil**, v.III. p.7 apud GONÇALVES, Carlos Roberto, . **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 13. ed. 2016. p.22

contemplar a boa-fé objetiva e a liberdade das formas, presentes no art. 422 do Código Civil.

De acordo com o magistrado Sem Glanz, apesar de uma visão muito ampla, segundo a qual, “contrato eletrônico é aquele celebrado por meio de programas de computador ou aparelhos com tais programas. Dispensam assinatura ou exigem assinatura codificada ou senha”.²⁵

Segundo Adriano Roberto Vancim e Jefferson Luiz Matioli:

Contrato eletrônico, como regra, é aquele firmado entre pessoas ausentes, vez que, num determinado lapso de tempo restrito, entre o conhecimento da proposta (oferta) e sua devida aceitação, ocorre a receptividade das duas manifestações de vontade, unidas através da internet, tendo como meio probatório a criptografia.²⁶

5.3 Validade dos contratos:

A validade dos contratos eletrônicos não difere em requisitos dos contratos elencados pelo Código Civil em seu artigo 104. O contrato eletrônico é uma espécie de negócio jurídico que exige para sua validade, agente capaz; objeto lícito e possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei. A diferença é que no contrato eletrônico há a inexistência do contrato físico, sendo substituído muitas vezes pelo termo de serviço, onde o consumidor precisa apenas manifestar que está de acordo. É imprescindível destacar que o contrato eletrônico é realizado sem o contato entre as partes, não há a personificação no uso do mesmo computador entre duas partes, houve a despersonalização, uma vez que ambos podem utilizar aparelhos tecnológicos de diferentes modelos, como exemplo: computador, celulares ente outros, em lugares absolutamente diferentes para a execução do negócio jurídico e mesmo assim, não afetarem a funcionalidade do contrato. O contrato está sujeito a pressupostos e requisitos de validade, cuja inobservância acarreta a sua ineficácia, em sentido amplo. Os pressupostos são as condições que devem existir, no momento em que o contrato se realiza, para que se torne possível a formação válida de um contrato. De acordo com este raciocínio, todo contrato pressupõe a capacidade das partes, a idoneidade do objeto e legitimação para realizá-lo.

Nos contratos eletrônicos, sendo um contrato típico, para que possam ser reputados como existentes e perfeitamente válidos, a estrita obediência aos pressupostos (condições sobre as quais se desenvolve o contrato) e requisitos (elementos intrínsecos do contrato) do negócio jurídico, de forma que sua não observância acarretará a nulidade ou anulação da avença.²⁷

25 Idem. p. 36

26 Idem. p. 36

27 VANCIM, Adriano Roberto. Matioli, Jefferson Luiz. **Direito e Internet**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2. ed. 2014. p. 61.

Para conceder validade ao contrato a lei exige que ao longo de seu desenvolvimento estejam presentes outros elementos. São na verdade requisitos complementares, que devem estar presentes durante todo o curso da relação contratual.

Para Carlos Roberto Gonçalves, “os requisitos ou condições de validade dos contratos são de duas espécies: a) de ordem geral, comum a todos os atos e negócios jurídicos; b) de ordem especial, específico dos contratos: o consentimento recíproco ou acordo de vontade.”²⁸

Adriano Roberto Vancim e Jefferson Luiz Matiola explicam que devemos compreender os requisitos e pressupostos em seus aspectos objetivo, formal e subjetivo, sendo estes:

Os requisitos objetivos dizem respeito ao objeto da contratação:

a) O objeto deve ser lícito, porquanto inadmissível em nosso ordenamento aqueles contrários à lei, moral bons costumes e ordem pública; b) possível, não devendo ir além da força humana, físico-natural, tampouco ser inexistente; c) determinado ou determinável, especialidade quanto ao gênero, qualidade ou qualquer outro elemento dado por meio de caracteres individuais.

O requisito formal é consubstanciado na observação da forma prescrita ou não vedada em lei, vale dizer, apesar de se ter como regra a livre forma para contratar (art. 107 CC), desde que não seja contrária ao Direito, quando a lei prescreve o contrário, esta deve ser cumprida.

Os requisitos subjetivos, por seu turno, são: a) evidência de no mínimo duas pessoas com *animus contrahendi*; b) capacidade para praticar atos da vida civil; c) consentimento das partes contratantes.²⁹

6 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS E O COMÉRCIO ELETRÔNICO:

O contrato eletrônico se iguala a qualquer outro contrato em geral e é de aceitação universal. Deve, portanto, ser consumado de acordo com os requisitos de validade, identificação do momento de sua formação, análise no momento em que se firma o contrato, a capacidade das partes que celebram o negócio, a necessidade de um objeto contratual, entre outras exigências estabelecidas para o estabelecimento de qualquer relação jurídica contratual.

O negócio jurídico que se firma mediante contrato virtual, realizado entre partes ausentes, só terá validade se considerados os requisitos básicos para a existência como qualquer outro contrato. Em consequência de tais semelhanças, entre o contrato tradicional e o contrato virtual, resta claro que além dos requisitos contratuais básicos, também aplicar-se-ão ao comércio eletrônico os princípios que norteiam o direito contratual. Miguel Reale descreve os princípios como sendo, “Princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e

28 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 13. ed. 2016. p.33.

29 VANCIM, Adriano Roberto. MATIOLI, Jefferson Luiz. **Direito e Internet**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2. ed. 2014. p. 61, 62.

integração, quer para a elaboração de novas normas.” Sendo assim, permeiam toda a legislação, dando significado legítimo e validade jurídica.³⁰

Alguns deles se revestem de tamanha importância que o legislador lhes confere força de lei, com a estrutura de modelos jurídicos, inclusive no plano constitucional, consoante dispõe a nossa Constituição sobre os princípios de isonomia (igualdade de todos perante a lei), de irretroatividade da lei para proteção dos direitos adquiridos etc. A maioria dos princípios gerais de direito, porém, não constam de textos legais, mas representam contextos doutrinários ou, de conformidade com terminologia assente no Capítulo XIV, são modelos doutrinários ou dogmáticos fundamentais.³¹

Efetivamente se aplica à proteção do consumidor no comércio eletrônico diversos princípios, objetivando, com a aplicação destes princípios, um melhor direcionamento ao operador do Direito, levando-lhe à maneira mais segura de garantir a efetividade da norma.

De acordo com Rizzatto Nunes,

Tem-se dito que se a Lei n. 8.078/90 se tivesse limitado a seus primeiros sete artigos, ainda assim o consumidor poderia receber uma ampla proteção, pois eles refletem concretamente os princípios constitucionais de proteção ao consumidor e bastaria aos intérpretes compreender seus significados. Isso é verdade e mais: ver-se-á que as normas posteriormente estipuladas no CDC concretizam ainda esses princípios e direitos básicos.³²

6.1 Princípios do CDC:

6.1.1 Princípio da vinculação contratual

O Código de Defesa do Consumidor assegura que independentemente da forma ou do meio de comunicação utilizado para veicular as informações das ofertas e dos anúncios publicitários de produtos e serviços devem ser claras, corretas e precisas. Por consequente, os fornecedores devem ter prudência ao dar publicidade a suas ofertas.

O princípio da vinculação contratual da publicidade determina que o fornecedor honre com a oferta divulgada, incorporando deste modo o contrato que vier a ser efetuado. Por esse motivo, o fornecedor que vier a divulgar a oferta ou dela se utilizar, terá a obrigação de cumprir o esperado pelo consumidor, sem discrepâncias na qualidade, quantidade, valor, prazo de entrega e demais características do produto e condições do serviço anunciado, sob pena de se caracterizar propaganda enganosa.

30 REALE, Miguel. **Noções Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

31 Idem.

32 NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 2018. p.121.

Assim estabelece o artigo 30 do Código de Defesa do consumidor:

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Nos termos do artigo 35 do Código de Defesa do Consumidor:

Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

- I – exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;
- II – aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;
- III – rescindir o contrato, com direito à restituição da quantia eventualmente, monetariamente atualizada, e as perdas e danos.

Caso o fornecedor não queira vender o produto ou serviço da forma ofertada, o consumidor terá a opção de exigir a execução forçada da obrigação em juízo, aceitar outro produto ou serviço similar ou simplesmente cancelar o contrato, tendo total direito à restituição de valores pagos de forma antecipada, com correção monetária, com direito não apenas a perdas e danos, mas como também a danos morais podendo divergir dependendo do caso concreto.

6.1.2 Princípio da boa-fé:

O Art. 4º, inciso III, do CDC traz um princípio de extrema importância legal, o Princípio da Boa-fé Objetiva, expressando que toda relação de consumo será baseada na harmonização dos interesses das partes fundamentando-se na boa-fé e no equilíbrio. Assim sendo, qualquer cláusula que escapar desta base principiológica, tratar-se-á de cláusula nula.

De forma imperante, as relações de consumo por vias eletrônicas são formalizadas através de um contrato de adesão, tendo o fornecedor de bens e ou serviços já como favorecido, em razão de ele ser quem formulou as cláusulas contratuais, cabendo ao consumidor apenas aceitar ou não.

A boa-fé objetiva traduz a consonância harmônica entre as duas partes envolvidas no negócio jurídico. Podendo ser compreendida também como o comportamento de respeito mútuo para garantir a integridade, a não abusividade e propiciar o equilíbrio dos direitos próprios e alheios, atuando de forma conjunta visando o contentamento dos interesses das duas partes do contrato. Está definido nos artigos 4.o, III e 51, IV do CDC e, nos 161, 164, 180, 295, 363, do CC.

Já a boa-fé subjetiva retrata o estado psicológico do indivíduo, conhecedor da justiça, ou, na conformidade de seus atos, ou no desconhecimento de sua ilegalidade. O sujeito age com ignorância ou desconhecendo o defeito do fato jurídico.

O fornecedor de produtos e serviços deve ser responsável pelos produtos e serviços que são instrumentos de seu ofício nas relações de consumo. O Código de Defesa do Consumidor determina em seu artigo 14 que “o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

Deste modo, a boa-fé advém como um limite da autonomia da vontade, na condição em que as condutas do contratante e do contratado serão livres, no entanto, não podendo ultrapassar a conduta esperada, quais sejam, agir com lealdade, corretamente, no intuito de cumprir a função social da relação que foi estabelecida.

Para Rizzatto Nunes:

A boa-fé objetiva, que é a que está presente no CDC, pode ser definida, grosso modo, como sendo uma regra de conduta, isto é, o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de se estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo. Não o equilíbrio econômico, como pretendem alguns, mas o equilíbrio das posições contratuais, uma vez que, dentro do complexo de direitos e deveres das partes, em matéria de consumo, como regra, há um desequilíbrio de forças. Dai que, para chegar a um equilíbrio real, o interprete deve fazer uma análise global do contrato, de uma cláusula em relação às demais.³³

Já para Adriano Roberto Vancim e Jefferson Luiz Matioli:

Podemos definir boa-fé objetiva como um princípio geral de direito em que as partes contratantes devem agir em todo o contrato, desde a fase pré-contratual até a fase pós-contratual, com lealdade e honestidade em sua conduta, de forma a não prejudicar o outro contratante. Gera também, e principalmente, deveres secundários ou anexos, não expressamente previstos no contrato, mas implicitamente perceptíveis.³⁴

Sendo assim, a boa-fé deverá ser cumprida em toda a extensão do contrato eletrônico, abrangendo também o momento anterior à sua formação, de maneira a evitar o desequilíbrio entre as partes contratantes. A força legal deste princípio provém da aplicação direta como forma de proteção do próprio consumidor.

33 NUNES, Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor. 2018. p.123

34 VANCIM, Adriano Roberto. MATIOLI, Jefferson Luiz. Direito e Internet. São Paulo: Lemos & Cruz, 2. ed. 2014. p. 127

6.1.3 Princípio da Transparência:

Pelo princípio da transparência, positivado em nosso ordenamento jurídico no art. 6º, III, da Lei 8078/90, assegura ao consumidor a plena ciência da exata extensão das obrigações assumidas perante o fornecedor. A informação clara, sem possibilidade de interpretação dúbia pelo fornecedor, assegurará ao consumidor o direito de vincular-se ou não, de forma consciente, ao contrato. As manifestações anteriores, como propaganda veiculada ou informação prestada devidamente comprovada, tornam-se obrigações contratuais, e a sua interpretação deve ser sempre a mais favorável ao consumidor, já que não é ele quem redige as normas às quais irá aderir.

O princípio da transparência nas relações de consumo de acordo com Rizzatto Nunes,

O princípio da transparência, expresso no caput do art. 4º do CDC, se traduz na obrigação do fornecedor de dar ao consumidor a oportunidade de conhecer os produtos e serviços que são oferecidos e, também, gerará no contrato a obrigação de proporcionar-lhe o conhecimento prévio de seu conteúdo.

O princípio da transparência será complementado pelo princípio do dever de informar, previsto no inciso III do art 6º, e a obrigação de apresentar previamente o conteúdo do contrato está regradada no art. 46.³⁵

Para Cláudia Lima Marques:

Na formação dos contratos entre consumidores e fornecedores o novo princípio básico norteador é aquele instituído pelo art. 4.º, caput, do CDC, o da Transparência. A idéia central é possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor. Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo.³⁶

De acordo com o art. 30 da Lei 8078/90, que estabelece “Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”. Podemos verificar que o princípio da transparência faz com que a o fornecedor seja obrigado a cumprir com as nuances contratuais ofertadas.

O princípio da transparência, contido no Código de Defesa do Consumidor, é indispensável

35 NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 2018. p.122.

36 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 4.ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: RT, 2002. P. 594-595.

para a qualidade na prestação de serviços, pois através dele é adotada uma postura de respeito ao consumidor.

6.1.4 Princípio da Autonomia Privada, ou Autonomia da Vontade

Este princípio menciona a respeito do poder das partes de se manifestarem quanto às suas vontades no estabelecimento de qualquer negócio jurídico, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pampolha Filho afirmam que:

O contrato é um fenômeno eminentemente voluntarista, fruto da iniciativa privada e da livre iniciativa”. Assim sendo, entre as partes existe a liberdade de negociar, que decorre da autonomia das vontades de ambos, onde poderão manifestar-se individualmente e decidir com quem contratar, qual objetivo e a respeito de que contratar. Quando decidido todos estes pontos e situações contratuais, virá o consentimento entre as partes e o negócio jurídico estará firmado.³⁷

6.2 Princípios específicos dos contratos no comércio eletrônico

O contrato eletrônico distingue-se dos outros pela forma como se corporifica. De acordo com o autor Jorge José Lawand a definição de contrato eletrônico é “expressão jurídica do comércio eletrônico, que significa em sua essência, um fluxo e refluxo de bens e serviços realizados mediante uma rede de comunicações informatizada. E os problemas que suscitam não são substancialmente distintos daqueles relativos à contratação ordinária.”³⁸ Já Fábio Ulhoa Coelho define como “Comércio eletrônico a venda de produtos (virtuais ou físicos) ou a prestação de serviços em que a oferta e o contrato são feitos por transmissão e recepção eletrônica de dados. O comércio eletrônico realiza-se no ambiente da rede mundial de computadores.”³⁹

De acordo com o entendimento doutrinário, os princípios que regem as relações consumeristas do CDC, também são aplicáveis aos contratos eletrônicos, sendo assim não podemos excluir a aplicação dos princípios da teoria Clássica contratual, tendo em mente a importância da aplicação de princípios específicos que potencializam a relação com mais proximidade, em comutação à legislação específica.

De acordo com Jorge José Lawand é possível mencionar três princípios de suma importância no contrato eletrônico, tais como:

37 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos: Teoria Geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

38 LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. P.34.

39 COELHO, Fábio Ulhoa, **Curso de direito comercial**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 3. ed.2015. p. 50.

O Princípio da Equivalência Funcional dos Atos Jurídicos Produzidos por Meios Eletrônicos com os Atos Jurídicos Tradicionais; o Princípio da Neutralidade Tecnológica das Disposições Reguladoras do Comércio Eletrônico; e por fim o Princípio da Inalterabilidade do Direito Existente Sobre Obrigações e Contratos. Sem esquecer ainda do Princípio da Boa-Fé.⁴⁰

6.2.1 Princípio da Equivalência Funcional dos Atos Jurídicos Produzidos por Meios Eletrônicos com os Atos Jurídicos Tradicionais

São aqueles em que o contrato é celebrado pelo meio eletrônico, sendo que este é possuidor das mesmas características básicas que formam também o contrato comum. Desta forma, também é possível observar que eles produzem os mesmos efeitos jurídicos, não cabendo discussão sobre validade jurídica distinta. Este princípio busca vedar qualquer tipo de diferenciação entre os contratos celebrados tradicionalmente, por papel, frente aos efetivados por meios eletrônicos.

Para Fábio Ulhoa Coelho:

O princípio da equivalência funcional é o argumento mais genérico e básico da tecnologia jurídica dos contratos virtuais. Afirma que o registro em meio eletrônico cumpre as mesmas funções do papel.⁴¹

A lei modelo tem como desígnio um duplo propósito: permitir ou facilitar o emprego do comércio eletrônico e conceder igualdade de tratamento aos usuários de mensagens produzidas sobre um suporte informático com aqueles que se utilizam os contratos consignados em papel.

6.2.2 Princípio da Neutralidade Tecnológica das Disposições Reguladoras do Comércio Eletrônico:

O motivo especial para que haja aplicação deste princípio é evitar que o diploma normativo se torne arcaico, vez que, caso não exista aplicabilidade a determinada tecnologia, este estará ultrapassado. “As normas devem ser neutras para que não constituam em entraves ao desenvolvimento de novas tecnologias e perenes no sentido de se manterem atualizadas, sem necessidade de serem modificadas a todo instante”.⁴²

40 LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 43

41 COELHO, Fábio Ulhoa, **Curso de direito comercial**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 3. ed.2015. p. 56

42 LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos Eletrônicos: Validade jurídica dos contratos via internet**. São Paulo: Atlas, 2007. p 91.

6.2.3 Princípio da Inalterabilidade do Direito Existente Sobre Obrigações e Contratos

Diz respeito à equivalência dos contratos virtuais em face dos contratos em geral, entretanto envolvem algumas especialidades por suas condições, mesmo possuindo as mesmas etapas para sua formação, efeitos jurídicos e validade diante do Direito, sujeito ao Código Civil Brasileiro e ao Código de Defesa do Consumidor como outro contrato qualquer. Este princípio embasa o entendimento de doutrinadores que dizem que o contrato eletrônico não se diferencia do contrato tradicional. A diferença está apenas na forma utilizada.

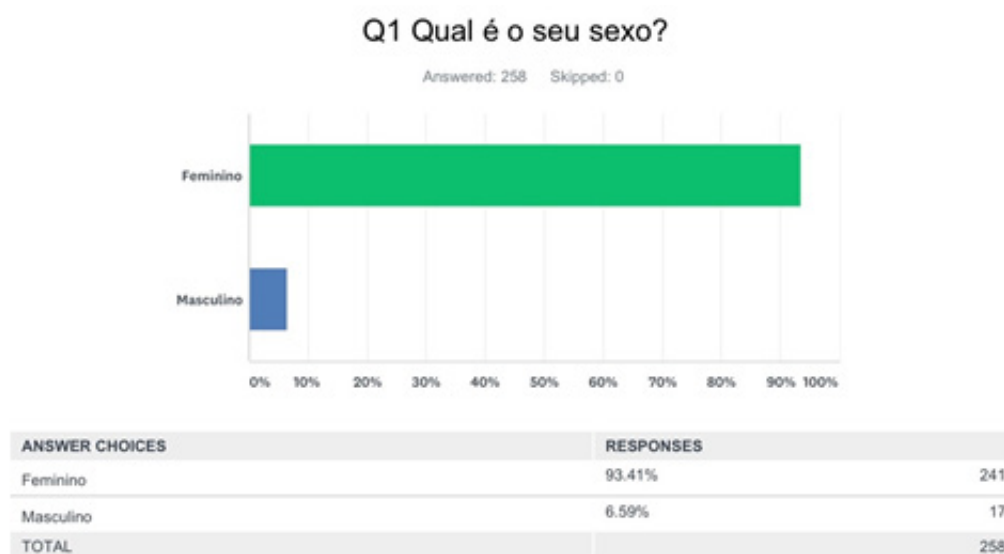
Para Gambogi Carvalho:

A internet não cria uns espaços livres, alheios ao Direito. Ao contrário, as normas legais aplicam-se aos contratos eletrônicos basicamente da mesma forma que quaisquer atos jurídicos. A celebração de contratos via Internet sujeita-se, portanto, a todos os preceitos pertinentes do Código Civil Brasileiro (CC).⁴³

7 PESQUISA DE CAMPO

O questionário é composto por 10 perguntas com a intenção de verificar a eficácia do CDC nas compras on-line e se o consumidor sabe quais são seus direitos. O mesmo foi disponibilizado na internet, por várias mídias diferentes, como WhatsApp, Facebook e Instagram, obtendo assim um resultado de 258 respostas, as quais passarei a analisar a partir de agora.

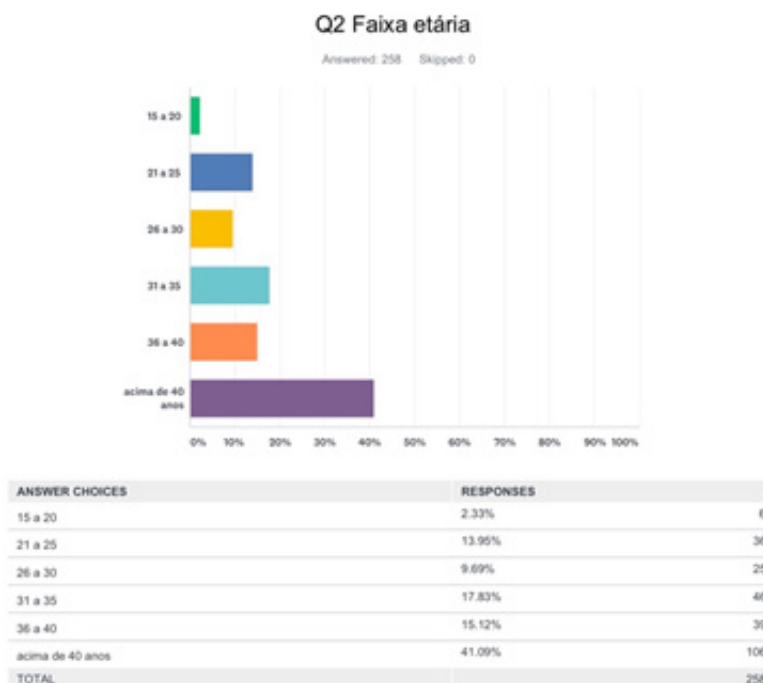
Em relação ao quesito sexo a maioria foi respondido por mulheres com um total de 241 para apenas 17 de homens, como mostra o gráfico a seguir:



(Gráfico n. 1), (Fonte: Acervo pessoal. Menezes Castro, 25/11/2019).

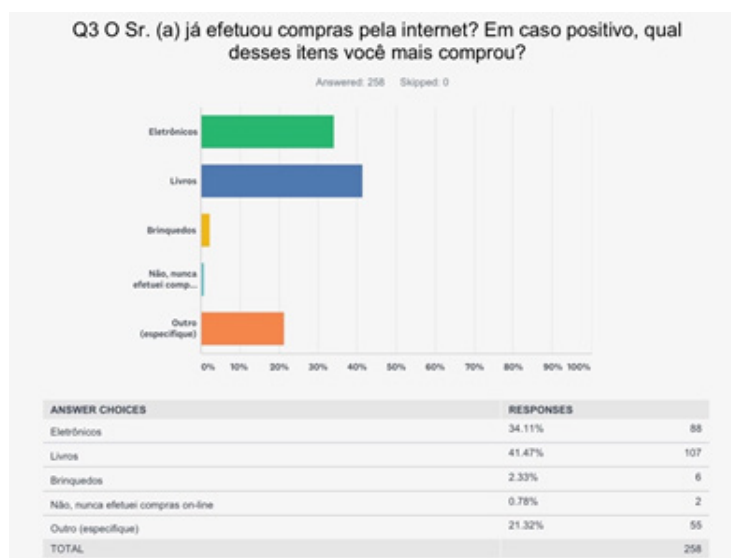
43 GAMBOGI CARVALHO, A. P. *Contratos via Internet*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 59- 60

Quanto à idade, o resultado foi pulverizado em 6 faixas etárias com uma maior incidência em 4 delas que seriam: acima de 40 anos com 106 respostas representando 41,09%, entre 31 a 35 com 46 respostas representando 17,83%, entre 36 a 40 anos com 39 respostas representando 15,12% e por fim entre 21 a 25 com 36 respostas representando 13,95%.



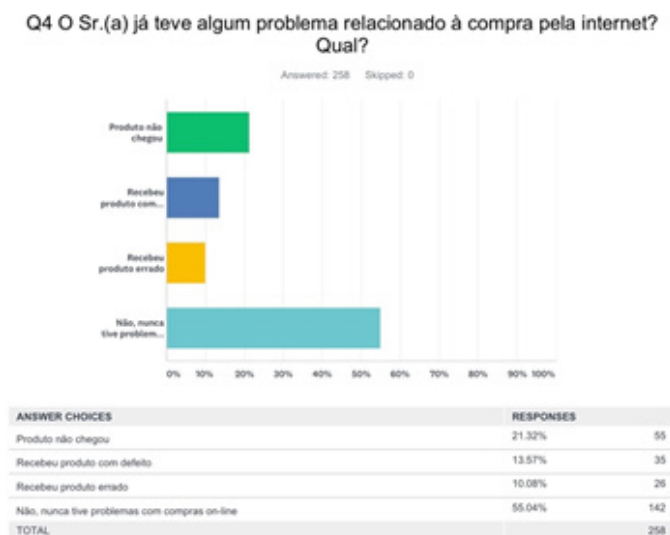
(Gráfico n. 2), (Fonte: Acervo pessoal. Menezes Castro, 25/11/2019).

Em relação aos produtos que mais costumam comprar, os itens mencionados foram os seguintes, em ordem decrescente de preferência: livros com 107 respostas, 41,47%, eletrônicos com 88 respostas, 34,11%, outros itens obtiveram 55 respostas equivalendo 21,32%, sendo que dessas 55 respostas 22 foram com compras de vestuário.



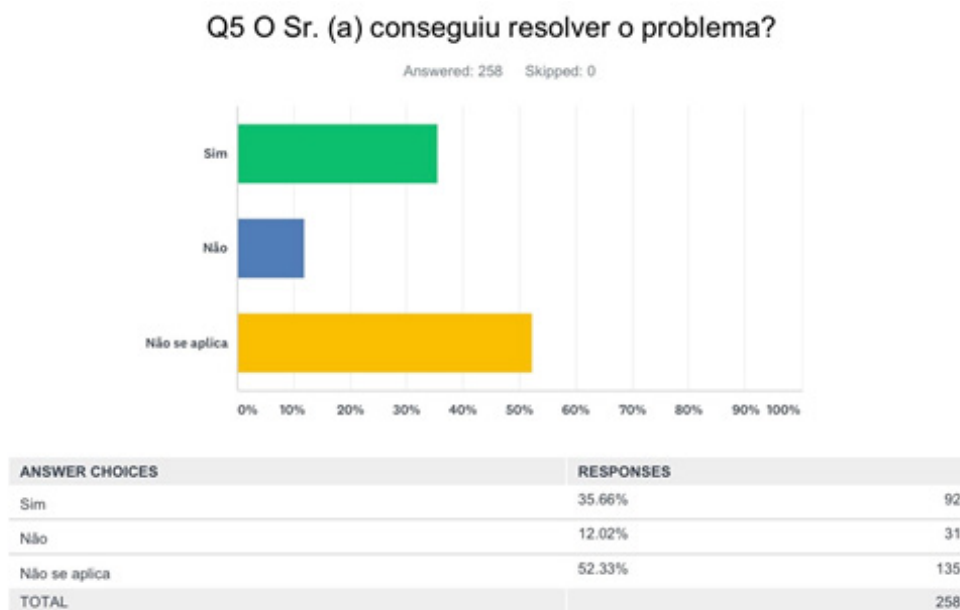
(Gráfico n. 3), (Fonte: Acervo pessoal. Menezes Castro, 25/11/2019).

Questionados se já tiveram algum problema com alguma compra online, 55,04% do total responderam que não, dos que responderam que já haviam tido problemas foram apontados os seguintes (i) o produto não entregue: 55 respostas, correspondendo ao total de 21,32%; (ii) recebimento de produtos com defeito: 35 respostas, totalizando 13,57% e as 26 pessoas restantes que corresponde ao total de 10,08% responderam que (iii) receberam o produto errado.



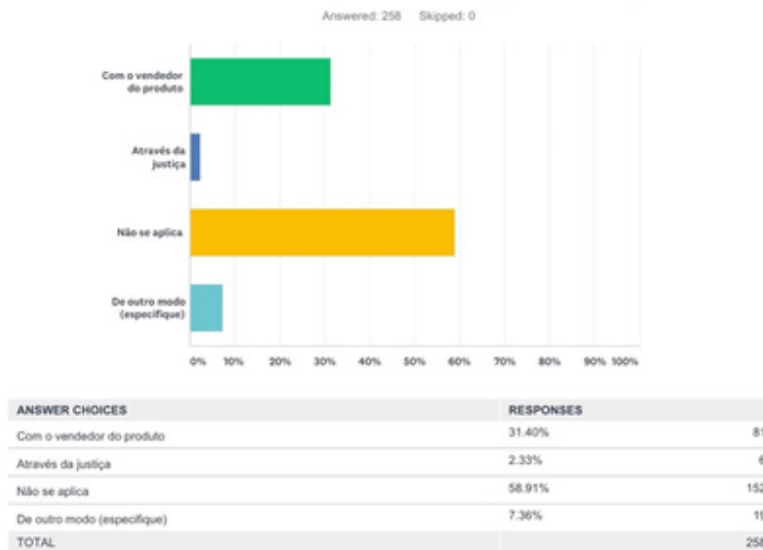
(Gráfico n. 4), (Fonte: Acervo pessoal. Menezes Castro, 25/11/2019).

Quanto ao resultado se conseguiram resolver o problema a maioria respondeu que não se aplicava pois nunca teriam tido problemas com um total de 135 respostas 52,33%, e as que já tiveram problemas e conseguiram resolver com 92 respostas totalizando 35,66%. Sendo que a forma como conseguiram resolver em sua maioria foi diretamente com o vendedor, com 31,40% das respostas. (Questão 5 e 6)



(Gráfico n. 5), (Fonte: Acervo pessoal. Menezes Castro, 25/11/2019).

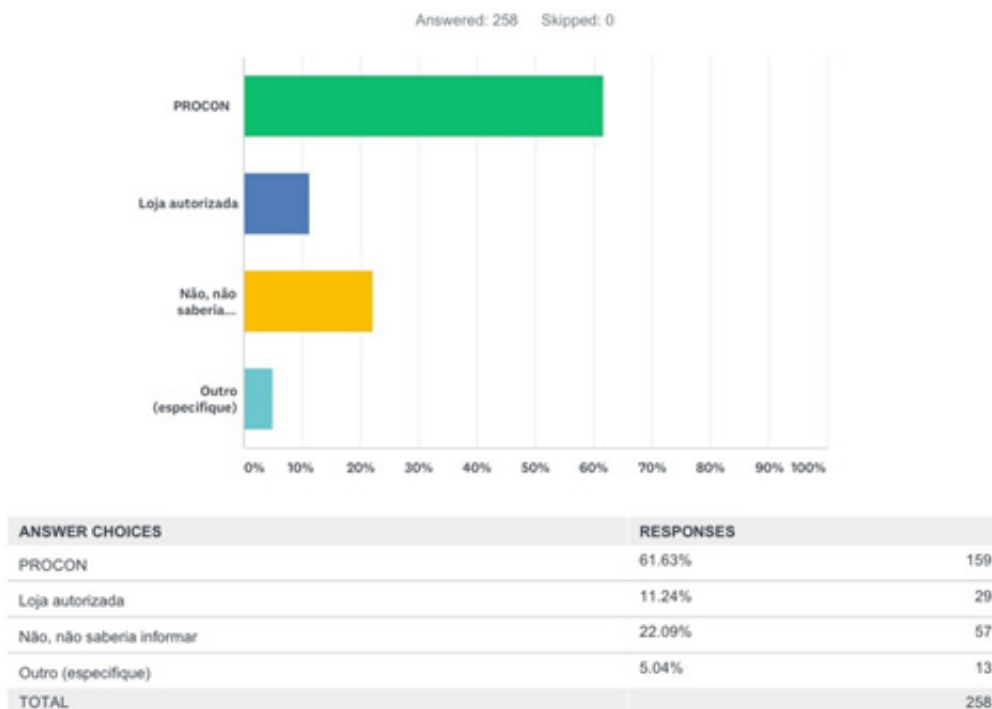
Q6 Em caso afirmativo, de que modo o Sr. (a) resolveu o problema?



(Gráfico n. 6), (Fonte: Acervo pessoal. Menezes Castro, 25/11/2019).

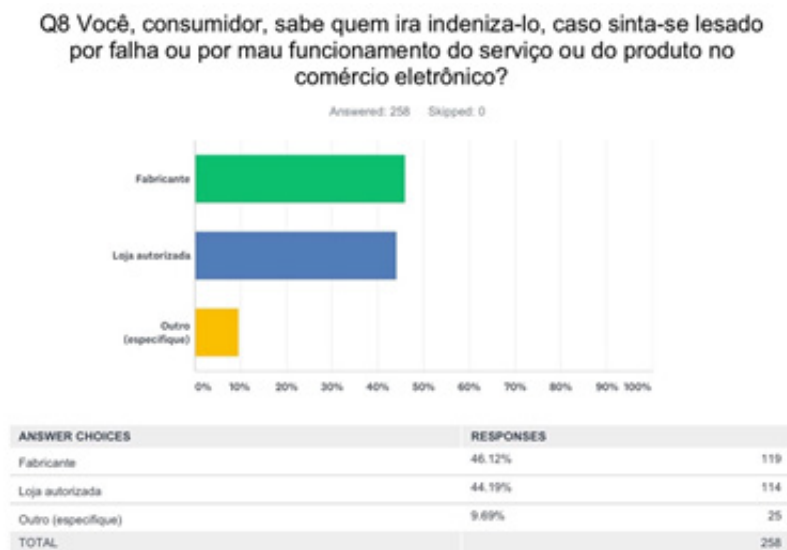
Quando questionados se saberiam a quem recorrer em caso de prejuízo com a compra um total de 61,63% totalizando 159 pessoas, responderam que ao PROCON e os que não saberiam a quem recorrer totalizam um total de 22,09% com respostas de 57 pessoas.

Q7 Você saberia a quem recorrer caso haja prejuízo com compras de produtos pela internet?



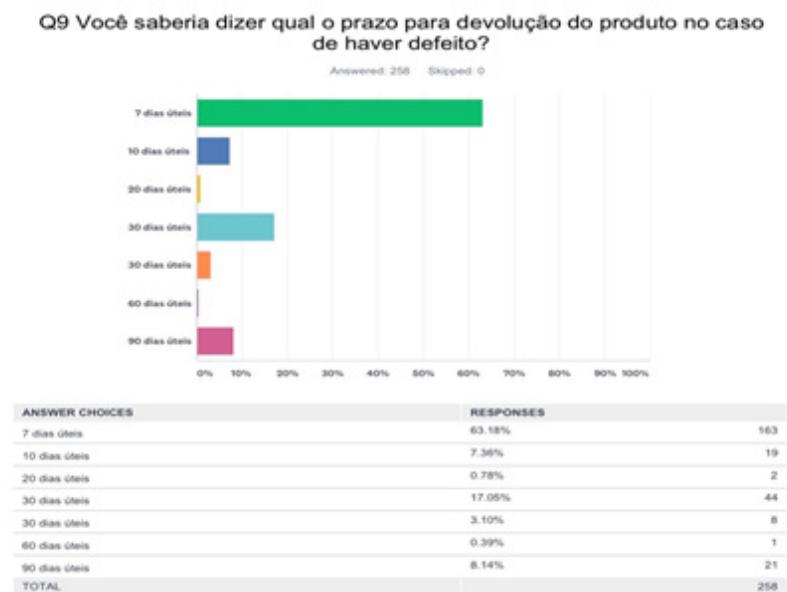
(Gráfico n. 7), (Fonte: Acervo pessoal. Menezes Castro, 25/11/2019).

Questionados quem seriam responsáveis por indenizá-los em caso de defeito do produto ou serviço a maioria respondeu que seria o fabricante com um total de 119 respostas representando 46,12%, enquanto 44,19% responderam que seria a loja, sendo que somente 9 pessoas das 25 que responderam “outros”, responderam que seriam os dois de acordo com o CDC.



(Gráfico n. 8), (Fonte: Acervo pessoal. Menezes Castro, 25/11/2019).

Em relação ao prazo para devolução de produtos com defeito a maioria das pessoas com um total de 163, equivalentes a 63,18% responderam que seriam de 7 dias. Sendo que o CDC em seu artigo 26 estipula que quando o defeito é aparente, o prazo para reclamação é de 30 dias para produtos não duráveis e 90 dias para os duráveis, contados a partir da data da aquisição. Se o problema for oculto, os prazos são os mesmos, mas começam a valer no momento em que o defeito é detectado pelo consumidor. Logo vemos que os consumidores ainda se confundem com o prazo de arrependimento com o da troca por defeito.

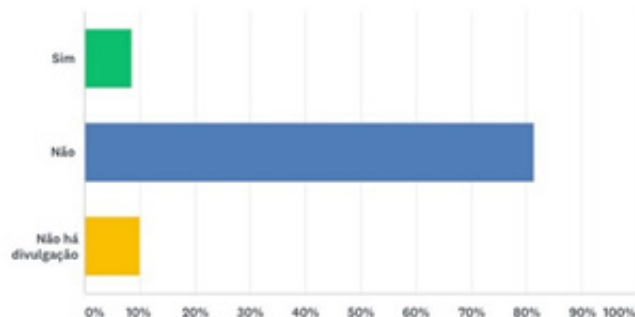


(Gráfico n. 9), (Fonte: Acervo pessoal. Menezes Castro, 25/11/2019).

Em relação à divulgação dos direitos do consumidor, se eram ou não bem divulgados um total de 210 pessoas totalizando um total de 81,40%, afirmaram que não é bem divulgado.

Q10 Em sua opinião existe uma boa divulgação, no meio social, dos direitos do consumidor?

Answered: 258 Skipped: 0



ANSWER CHOICES	RESPONSES	
Sim	8.53%	22
Não	81.40%	210
Não há divulgação	10.08%	26
TOTAL		258

(Gráfico n. 10), (Fonte: Acervo pessoal. Menezes Castro, 25/11/2019).

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É visível o avanço das tecnologias na comunicação e informação, principalmente a internet, que revolucionou as formas de organização e relacionamento das sociedades; a internet, foi o meio que mais se desenvolveu, dando origem também a uma nova forma de comércio, pois as pessoas aderiram à comodidade de estar em casa e realizar uma compra, do que sair para pesquisar preços, enfrentar filas, aderindo ao comércio eletrônico.

Com essa grande evolução e tamanha rapidez, o Direito se viu na situação de também avançar na mesma velocidade, criando legislações específicas para nortear os negócios formalizados através da internet, também chamados comércio eletrônico.

Neste compasso, surgiu o Decreto Federal no 7.962/2013 que trará grandes inovações para as vendas on line no país. Esse diploma veio para regulamentar o Código de Defesa do Consumidor, visto que o mesmo não possui regras específicas para essa nova modalidade de transação comercial.

Este trabalho não teve a intenção de exaurir o tema, mas sim de expor alguns pontos específicos do comércio eletrônico, bem como a relevância do Decreto Federal no 7.962/2013 para a relação de consumo existentes no meio virtual.

Assim, o contrato eletrônico não é um novo tipo de contrato, mas um novo meio de executar o contrato. Sendo possível utilizá-lo sempre que a lei não demandar forma especial.

Nesse caso, no contrato eletrônico aplicam-se as normas e princípios gerais do direito contratual tradicional, ajustando a cada caso em meio a realidades do ambiente virtual, tornando válidos os negócios jurídicos finalizados por meio eletrônico.

Também, ficou constatado que é perfeitamente possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações de consumo eletrônicas, particularmente no que refere-se ao direito de arrependimento previsto no art. 49.

O Legislador preocupou-se grandemente com a relação consumerista da atualidade, o comércio eletrônico, tendo elaborado esse novo diploma legal, com toda certeza trazendo mais conforto, segurança, transparência, confiabilidade e proteção ao consumidor nas transações eletrônicas, além de que trata-se de um local não inteiramente dominado pela maioria dos indivíduos que utilizam como forma de negócio jurídico.

Neste sentido, a presente pesquisa tornou possível a elaboração do presente artigo, constatando ainda que tendo o Código de Defesa do Consumidor, em que é visada a proteção do consumidor, o Decreto Federal no 7.962/2013 veio para complementar o Código de Defesa do Consumidor, trazendo inovações importantes para a comercialização eletrônica, dado que até então não havia dispositivos específicos para esse tipo de transação comercial, acabava que muitas das vezes o consumidor ficava desprotegido ao concretizar um negócio jurídico por meio virtual.

Deste modo, com a implementação do Decreto, o esperado é que as normas que regulamentam tal comercialização passem a ser mais efetivas, trazendo maior rigidez, transparência, segurança e proteção no instante da finalização do negócio.

Na presente pesquisa elaborada, pode-se concluir que o Código de Defesa do Consumidor antes do advento do Decreto já resguardava de forma geral a proteção e a segurança jurídica do consumidor e, assim, com a instituição do referido diploma, apresentou maior segurança e proteção nas relações de consumo por tratar-se de um diploma legal específico, ademais veio para preencher lacunas que existiam na legislação vigente.

Em relação ao questionário aplicado podemos ver que apesar dos comerciantes/fabricantes estarem mais atentos aos requisitos da lei, visto que a maiorias das pessoas que responderam não tiveram problemas com as compras relacionadas com a internet, as divulgações dos direitos dos consumidores ainda estão muito aquém do ideal. Faz-se necessária uma campanha de divulgação e conscientização dos direitos que os consumidores possuem, para que possam saber a quem recorrer e o que podem recorrer. O ideal seria que o CDC fosse ensinado nas escolas, pois as crianças já cresceriam sabendo de seus direitos podendo assim mudar a realidade.

REFERENCIAS

- ALBERTO, Luiz Albertin, **Comercio eletrônico**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000..
- BARBIERI, Diovana. **A proteção do consumidor no comercio eletrônico**. Curitiba. Juruá Editora, 2013.
- COELHO, Fábio Ulhoa, **Curso de direito comercial**. 3.ed., São Paulo. Revista dos Tribunais. 3.2015.
- E-BIT (2018). **Relatório Webshoppers 38** ed. 2018 Disponível em: http://www.fecomercio.com.br/public/upload/editor/ws38_vfinal.pdf. Acesso em 04/10/2019.
- E-BIT (2019). **Relatório Webshoppers 39** ed. 2019. Disponível em: <http://https://www.ebit.com.br/webshoppers>. Acesso em: 20/10/2019.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos: Teoria Geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GAMBOGI, carvalho, A. P. **Contratos via Internet**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 13. Ed., São Paulo: Saraiva, 2016.
- LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos Eletrônicos: Validade jurídica dos contratos via internet**. São Paulo: Atlas, 2007.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. O novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: RT, 2002.
- NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 2018.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil, v.III**.
- PRUX, Oscar Ivan. **Os 25 anos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, sua história e as novas perspectivas para o século XXI**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.
- REALE, Miguel. **Noções Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- TEIXEIRA, Tarcísio. **Comércio Eletrônico: Conforme o Marco Civil da Internet e a regulamentação do E-commerce no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 3. ed.2015.
- THEODORO JUNIOR, Humbert. **Direito do consumidor**. São Paulo. Editora Forence. 2017.
- VANCIM, Adriano Roberto. MATIOLI, Jefferson Luiz. **Direito e Internet**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2. ed. 2014.

ÁGUA DE LASTRO: DO DIREITO MARÍTIMO AO AMBIENTAL

Thaís de Matos Jorge
Prof^{fa}. Orientadora: Verônica Lagassi

RESUMO

Por água de lastro podemos definir como a água extraída do oceano para compensar a perda de peso de carga ou de combustível, visando dar estabilidade e segurança à embarcação. Assim, considerando que cerca de 95% de todo volume do comércio exterior brasileiro são transportados através da via marítima e dos portos nacionais o estudo de seu impacto na fauna e flora brasileira são de extrema relevância. Nesse sentido, estima-se que, atualmente, cerca de 80% do comércio de troca de mercadorias se dão através do transporte marítimo e aquaviário, com a transferência anual em torno de 10 bilhões de toneladas de água de lastro de um lugar ao outro do planeta. Pode-se afirmar que a utilização da água de lastro é fundamental para o crescimento e desenvolvimento das empresas de navegação nacionais e internacionais, já que tal prática é mundialmente utilizada e garante navegabilidade e segurança à diversos tipos de embarcações, pois sem ela a embarcação corre imenso risco de ficar à deriva e até mesmo, partir ao meio. E desta feita, o presente trabalho trata de um dos procedimentos mais importantes e comuns na atividade marítima, não só para a navegabilidade e para segurança operacional das embarcações, mas também para preservação e redução de riscos ambientais inerentes à atividade: o gerenciamento e o controle da água de lastro. O ponto central deste trabalho consiste em provocar um debate acadêmico acerca da importância da água de lastro para as operações dos navios marítimos de carga e as consequências ambientais que esta prática ocasiona, sob os aspectos jurídicos e econômicos. Sob o ponto de vista jurídico, existem responsabilidades civis inerentes à operação de lastro e deslastro, bem como existem as normas e leis que regem a atividade marítima. Tais leis estão presentes tanto no âmbito nacional quanto no âmbito internacional e visam o gerenciamento da água de lastro, para o controle da poluição hídrica, bem como a obrigatoriedade dos planos de gerenciamento para a redução da proliferação de agentes exóticos e patogênicos. Pretende-se, portanto, abordar o regime jurídico em que se enquadra a bioinvasão de espécies exóticas e patogênicas e as responsabilidades administrativas e jurídicas que envolvem a atividade marítima e, para tanto, os métodos utilizados serão a seleção de bibliografia, estudos de casos, exploração dos métodos de prevenção e regulação e a análise das normas aplicadas.

Palavras-chave: Bioinvasão. Gerenciamento. Responsabilidade civil. Direito do mar. Meio ambiente.

1 INTRODUÇÃO

Pretendemos com a presente pesquisa, apresentar as possíveis medidas para o gerenciamento e o controle da utilização da água de lastro na atividade marítima, além de explicar e investigar a aplicabilidade das normas vigentes que regem a atividade marítima.

Neste trabalho, convém explicitar que a utilização da água de lastro é uma prática de suma importância para as empresas de navegação utilizadoras deste recurso, pois ela garante maior segurança, proporcionando maior estabilidade e navegabilidade à embarcação.

Porém, ao tempo que a utilização da água de lastro faz-se primordial para as empresas de navegação, seu uso constante e desmedido implica em diversas consequências ambientais que interferem diretamente no ecossistema e na vida marinha, causando muitas vezes, danos irreparáveis ao meio ambiente e conseqüentemente à saúde da população.

Sendo assim, a presente pesquisa compreende um estudo feito acerca da utilização da água transportada pelas empresas de navegação e os problemas ambientais ocasionados pela atividade marítima, bem como as consequências jurídicas decorrentes da disposição incorreta de sua utilização e da falta de controle e gerenciamento destas águas no âmbito brasileiro.

Neste sentido, é possível explorarmos as consequências ambientais, econômicas e de saúde pública provocadas pelo deslastreamento de águas oceânicas, apresentando dados apontados pelos órgãos públicos que regem as normas de controle, fiscalização da utilização das águas de lastro, a fim de expor as consequências e mitigar os riscos da bioinvasão decorrentes da alta movimentação de navios em águas internacionais e também na costa brasileira.

Pretende-se analisar a legislação internacional e nacional vigente e verificar se ela vem sendo cumprida de maneira eficaz a resguardar as águas costeiras, bem como a responsabilidade atribuída às empresas de navegação.

2 O CONCEITO DA ÁGUA DE LASTRO

Conceitua-se água de lastro, aquela água retirada do mar por bombas de sucção específicas para encher os tanques de uma embarcação ou plataforma, com o objetivo de manter o navio no eixo, dando-lhe estabilidade e auxiliando a navegabilidade, de modo de compensar a perda de peso da carga retirada da embarcação.

Segundo a historiografia, nota-se que nos primórdios da navegação, até aproximadamente o ano de 1880, a perda de peso da carga era compensada por lastro sólido, tais como pedras, sacos de areia e caixotes de madeira alocados no convés de carga da embarcação.



(fonte: *youtube*)

Ocorre que os lastros sólidos muitas vezes reduzem a capacidade de carga do navio e por vezes prejudicam a integridade da carga, além de gerarem certa instabilidade à embarcação em decorrência do deslocamento do peso provocado pelo balanço do mar, principalmente durante o procedimento de carga e descarga destas embarcações.

Registra-se que com o passar do tempo e com os avanços da tecnologia, os navios com maior capacidade de carga passaram a utilizar bombas de lastro para extrair a água do mar para dentro da embarcação, em tonéis específicos para compensar a perda de peso durante o processo de carga e descarga no porto, como veremos mais adiante.

Como se pode notar, sob o ponto de vista prático, a utilização da água do próprio oceano ou rio tende a ser a solução ideal para os problemas de instabilidade das embarcações e plataformas, pois seu uso adequado garante a otimização do espaço e do tempo durante as operações, reduzindo significativamente o ciclo de atracação do navio, dando maior estabilidade ao casco e maior dinamicidade à operação.

Argumenta-se favoravelmente que com a constante utilização das águas de lastro, empresas brasileiras de navegação (EBN's) e empresa ligadas ao comércio marítimo do mundo inteiro, otimizaram o tempo de suas operações portuárias e geraram mais lucro para o setor de importação e exportação, contribuindo sensivelmente para economia do país.

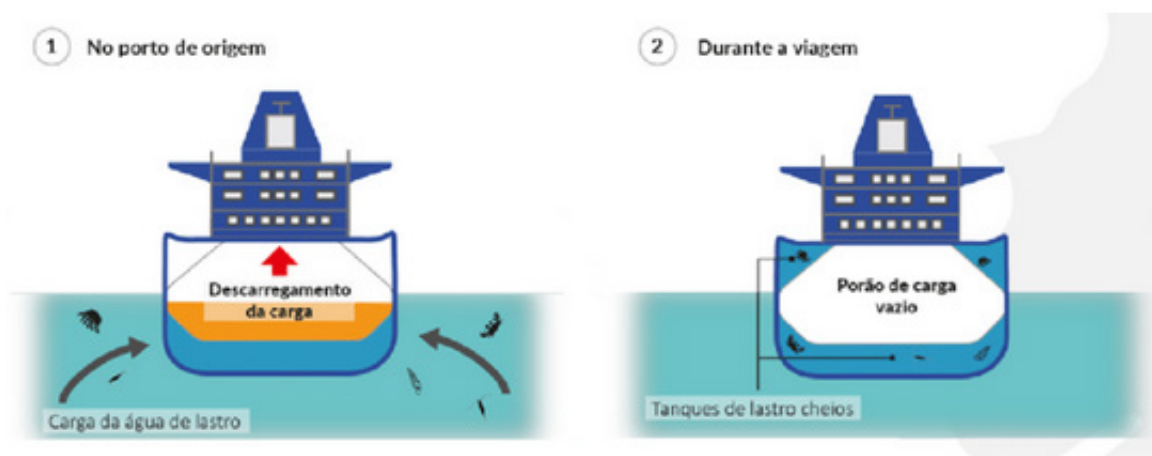
2.1 A Atividade Marítima e a importância da utilização da Água de Lastro para Navegação

Diante de tudo apresentado até agora, faz-se necessário explicitar que na atividade marítima existem diversos tipos de procedimentos que visam à segurança da tripulação a bordo e da carga que a embarcação transporta durante toda a rota de viagem, de um determinado porto a outro.

Dentre tais procedimentos, destaca-se a água de lastro, que as empresas de navegação utilizam como meio de garantir a estabilidade, a navegabilidade e consequentemente a segurança da embarcação, pois é esta água coletada que mantém o navio sem carga no eixo, potencializando o controle do centro de gravidade da embarcação.

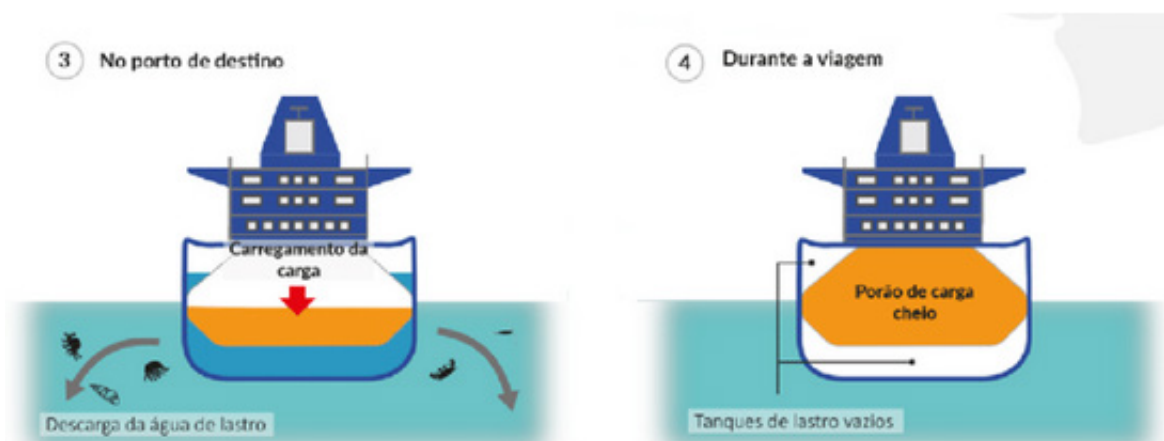
Para Pereira¹, “a distribuição dos tanques de lastro deverá garantir as condições de operação do navio como: adequada estabilidade transversal e longitudinal, integridade estrutural e a imersão adequada da hélice, de modo que o sistema propulsor opere com eficiência”.

Convém informar que na operação em questão, as bombas instaladas na praça de máquinas do navio, sugam a água do mar para preencher os tanques de lastro que são estrategicamente distribuídos para proporcionar estabilidade à embarcação sem carga durante a navegação, conforme demonstrado na figura abaixo:



(Fonte: https://www.researchgate.net/figure/Figura-23-A-carga-e-descarga-de-aguas-de-lastro-em-navios-de-grande-porte-constitui-um_fig3_315006107)

Importante demonstrar que quando o navio chega ao porto de destino, onde receberá a carga, os tanques de lastro são esvaziados, despejando muitas toneladas da água armazenada e transportada de um porto ao outro, conforme figura abaixo:



(Fonte: https://www.researchgate.net/figure/Figura-23-A-carga-e-descarga-de-aguas-de-lastro-em-navios-de-grande-porte-constitui-um_fig3_315006107)

1 PEREIRA, Newton N. **Alternativas de Tratamento da Água de Lastro em portos Exportadores de Minérios de Ferro.** Tese de Doutorado em Engenharia, Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia Naval e Oceânica. São Paulo, 2012. Pág. 349.

Como visto, pode-se afirmar que o lastreamento nada mais é que a utilização da água do oceano ou rio, no preenchimento dos tanques de lastro, para exercer a função de equilibrar e nivelar as embarcações no mar durante o processo de navegação e também nos procedimentos de descarga, evitando assim, seu tombamento e previsíveis acidentes marítimos.

Em sentido contrário, temos o deslastreamento, que é o *modus operandi* de esvaziamento dos tanques para receber a carga a ser transportada, sendo este o principal causador da bioinvasão de espécies, como veremos mais adiante.

Faz-se necessário ressaltar que estes procedimentos de lastro e deslastro são utilizados tanto por navios de carga, quanto por plataformas de petróleo, que precisam de estabilidade para se manter em alto mar.

Ao se averiguar a importância desta operação para a navegação, verifica-se a existência de uma grande problemática do sistema de nivelamento dos navios: o carregamento e o despejo de milhares de litros de água do mar contendo substâncias tóxicas, esgotos, coliformes fecais e diversas espécies de animais e vegetais marinhos em outros ambientes.

É notório que, se por um lado, a água de lastro contribui o crescimento econômico do país e corrobora para a segurança da navegação, por outro, seu uso constante e desmedido ocasiona danos gravíssimos e muitas vezes irreparáveis ao Meio Ambiente.

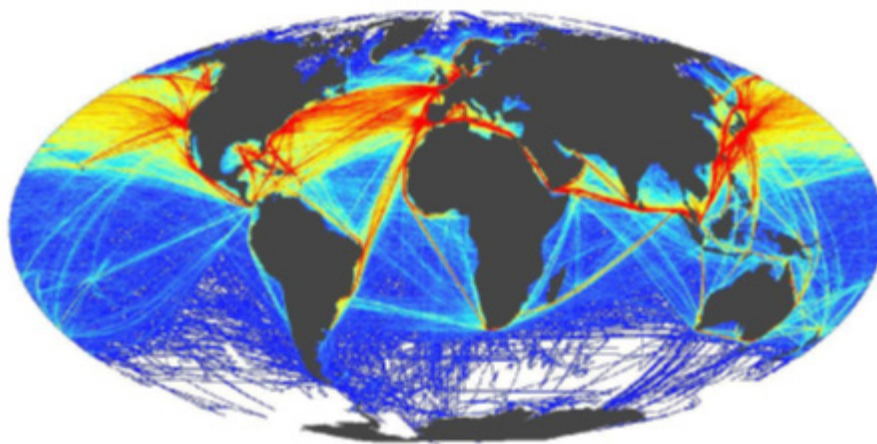
3 A DIMENSÃO DAS CONSEQUÊNCIAS AMBIENTAIS E EPIDEMIOLÓGICAS DA UTILIZAÇÃO DA ÁGUA DE LASTRO

Como se verifica no capítulo anterior, muito embora a utilização da água de lastro se faça essencial para a segurança e eficiência da navegação, a prática de transportar água do mar de um porto a outro, pode acarretar alterações significativas e até mesmo irreparáveis à fauna e flora do lugar aonde esta água é despejada. Isso ocorre porque a água do mar de um determinado local, além de possuir salinidade singular, comporta espécies exóticas muitas vezes invisíveis a olho nu, que podem comprometer seriamente o ecossistema marinho e costeiro de outra região, apenas por não possuírem predadores locais para determinadas espécies e por possuírem uma capacidade de reprodução acelerada.

De acordo com os dados da Global Ballast Water Management Programme², estima-se que aproximadamente 65.000 (sessenta e cinco mil) navios transoceânicos estejam em operação e isso pode significar o transporte de aproximadamente 20 (vinte) bilhões de m³ de água de lastro por ano.

2 Criado com a finalidade de auxiliar os países na abordagem da água de lastro, de modo a conscientizar os Governos dos Países-Membros em relação aos impactos decorrentes da introdução de espécies exóticas e patogênicas através da água de lastro de navios em diferentes habitats naturais.

Como se pode ver na figura abaixo, as principais rotas marítimas contribuem significativamente para disseminação de espécies exóticas pelas águas de oceanos e rios do mundo inteiro, gerando inestimáveis impactos ao meio ambiente:



(Fonte: <http://www.seaweb.org/otherfiles/GlobalShippingImpactsHalpernetal.jpeg>)

No que tange ao âmbito nacional, segundo dados coletados da Diretoria de Portos e Costas, o Brasil recebe anualmente cerca de 40.000 (quarenta mil) navios nos portos brasileiros e, com base nestes números e na quantidade de carga exportada, é possível estimar que cerca de 40 (quarenta) milhões de toneladas de água são deslastradas no Brasil neste período.³

O transporte marítimo de carga e de pessoas por ser considerado um dos métodos mais baratos de deslocamento, torna-se também o mais utilizado no mundo inteiro, corroborando assim para o aumento significativo da poluição marinha decorrente do uso da água de lastro.

4 A BIOINVASÃO MARINHA E A PROPAGAÇÃO DE ORGANISMOS EXÓTICOS E PATOGÊNICOS

Atesta-se que, invasão de espécies exóticas e de agentes patogênicos, por se tratar de um problema complexo e de saúde pública, envolvem uma atenção especial quanto ao gerenciamento e controle de utilização, sendo de suma importância a criação e a aplicação de normas eficazes, de modo a mitigar os riscos inerentes ao deslastro.

Pesquisas demonstram que um dos maiores problemas enfrentados no Brasil com espécies marinhas exóticas é o Mexilhão Dourado, que apresenta grande capacidade de se adaptar ao meio inserido e se reproduzir com facilidade, provocando o trancamento de canos e tubulações, provocando inúmeros prejuízos em estações de tratamento de água, que necessitam de limpeza frequente e substituição de filtros.

³ DIRETORIA DE PORTOS E COSTAS, **Normam 20**.

Proveniente da China e do sudeste da Ásia, o primeiro registro do Mexilhão Dourado na América do Sul, foi detectado no Rio da Prata no ano de 1991 e de acordo com os estudos realizado à época, constatou-se que a introdução desta espécie se deu via água de lastro. Em águas brasileiras, o mexilhão foi detectado no ano de 1999, no Rio Grande do Sul.

Pode-se afirmar que o mexilhão dourado não foi a única espécie marinha disseminada através de água de lastro no Brasil, verifica-se também – além de outros tipos espécies como bacteriológicas e virais – a presença do siri (*Charybdis hellerii*), espécie nativa do Oceano Índico e do molusco *Isognomon bicolor*, proveniente do Caribe.

Evidencia-se que a bioinvasão de espécies não decorre exclusivamente do deslastro, não obstante trata-se da principal fonte de deslocamento e propagação de espécies marinhas pelo mundo.

Convém dizer, que além do altíssimo custo gerado para reparar os danos causados, pode-se afirmar que a bioinvasão decorrente do deslastro coloca em risco todo o meio ambiente aquático, podendo comprometer inclusive a saúde pública de todo país.



(Fonte: <http://www.ebanataw.com.br/mexilhaodourado/mexilhaodourado.php>)

Levando-se em consideração os aspectos ameaçadores à saúde pública, em dados coletados pela ANVISA, com amostras retiradas das águas de lastro, podemos verificar a presença de bactérias cultiváveis de diversas espécies, além de coliformes fecais, Salmonela e Vibrião Colérico (*Vibrio Cholerae*).

Com relação à *Vibrio Cholerae*, a Organização Mundial de Saúde (OMS) indica que:

Algumas epidemias de cólera podem estar diretamente relacionadas ao deslocamento do vírus pela água de lastro, especialmente o surto que aparentemente deslocou-se da Índia para a América do Sul na metade da década de 90⁴.

Visando afastar qualquer possibilidade de novos surtos de cólera, salmonelose ou qualquer outro tipo de doença propagada através da água de lastro, são necessárias medidas preventivas e programas ambientais eficazes, que atestem a qualidade da água transportada.

4 Revista Âmbito Jurídico, disponível pelo site: <http://www.ambitojuridico.com.br/pdfsGerados/artigos/214.pdf>

Não resta dúvida que para mitigar os riscos de introdução de espécies invasoras em outro ecossistema, é preciso levar em consideração diversos fatores, tais como: o tipo de gerenciamento que será aplicado na ocasião, o nível de risco envolvido, a aceitabilidade e o impacto ambiental, além dos custos econômicos e ecológicos com pesquisas.

Por estas razões, acredita-se que o controle, a fiscalização e a adoção de medidas de segurança viáveis, bem como a criação e a aplicação de planos de gerenciamento feitos tanto pelos órgãos públicos responsáveis, quanto pelas próprias empresas de navegação (EBN's), são primordiais para a redução significativa dos prejuízos ambientais causados pelo deslastro.

Evidencia-se que a correta aplicação dos limites estabelecidos pelas normas vigentes, a criação de programas de redução, o controle de contaminação da água transportada com regular monitoramento e as pesquisas constantes voltadas para o plano de gerenciamento das águas, são soluções práticas para redução significativa da bioinvasão marinha.

5 O CONTROLE E O GERENCIAMENTO DA ÁGUA DE LASTRO

Consoante a redação dada pela ANTAQ, “acredita-se que o uso de sistemas de tratamento a bordo dos navios seja a futura solução para o problema. Segundo a Convenção, os países deverão promover, individualmente ou em conjunto, a realização de pesquisa técnica-científica sobre a gestão da água de lastro e o monitoramento dos seus efeitos em águas sob suas jurisdições”⁵

Pela IMO (International Maritime Organization) é recomendado que cada navio deva possuir um Plano de Gerenciamento de Água de Lastro, detalhando a maneira com a qual o navio pode cumprir com todas as medidas exigidas pelo porto, bem como um plano de emergência para ser utilizado em casos de acidentes da navegação que gerem degradação ao meio ambiente.

Uma vez que a gestão de lastreamento tenha sido estabelecida, faz-se necessário cumprir os requisitos de quarentena de um Estado do porto, o preparo para isto deve ser tratado com a mesma seriedade como o preparo para um plano de carga. Todos os responsáveis interessados na operação e na passagem segura do navio podem, assim, ter certeza de que eles estão protegendo o ambiente marinho e garantindo a segurança do navio e da tripulação.

5.1 Métodos de tratamento da água de lastro

A NORMAM 20 estabelece que, ao chegar em um Porto um navio equipado com água em seus tanques de lastros e que navegue em AJB (águas jurisdicionais brasileiras) deve realizar a troca oceânica desta água. Esta troca deve ser realizada, no mínimo, a 200 milhas náuticas da costa e em águas profundas com, pelo menos, 200 metros de profundidade.⁶

5 ANTAQ, disponível no site: http://web.antaq.gov.br/Portal/MeioAmbiente_AguaDeLastro.asp

6 DIRETORIA DE PORTOS E COSTAS, Normam 20.

A água que foi armazenada nos tanques de lastro deve ser trocada e renovada por pelo menos três vezes antes de seguir viagem em direção ao porto de destino, sempre respeitando a distância estabelecida na norma, visando garantir em 95% (noventa e cinco por cento), o despejo correto da água transportada, pois se acredita que os organismos descartados não sobreviveriam as condições ambientais daquele local.

Ainda de acordo com a redação dada pela NORMAM 20, da Diretoria de Portos e Costas:

Toda embarcação nacional ou estrangeira que utiliza água como lastro deve possuir um Plano de Gerenciamento da Água de Lastro com o propósito de fornecer procedimentos seguros e eficazes para esse fim.⁷

A fiscalização dos navios durante a troca oceânica é realizada pela Capitania dos Portos da Marinha do Brasil e sendo averiguada qualquer irregularidade no procedimento, as empresas são passíveis de auto de infração e multa por descumprimento de obrigação.

O Imediato à bordo da embarcação é o oficial responsável pela Gestão de Água de Lastro sob a supervisão do Comandante, que é a autoridade máxima no navio. É este profissional que atende os órgãos fiscalizadores e cumpre com as exigências determinadas no plano de gerenciamento.

No âmbito nacional, a ANVISA assume um importante papel na gestão da água de lastro, pois é este órgão que confere as condições sanitárias da embarcação e verifica a água de lastro dentro do navio. Deste modo, pode-se dizer que a ANVISA é o principal órgão controlador e fiscalizador da poluição decorrente da utilização da água de lastro.

Neste sentido, a Resolução RCD nº 72/2009 da ANVISA em sua seção exclusiva sobre a água de lastro, estabelece que:

Toda embarcação, a critério da Autoridade Sanitária, estará sujeita à coleta de amostra de água de lastro para análise, com vistas à identificação da presença de agentes patogênicos e indicadores físicos e componentes químicos.⁸

Toda tripulação deverá estar ciente da necessidade do plano de gerenciamento da água de lastro bem como de um plano de emergência criado para reduzir um impacto ambiental, é definido como toda mudança positiva ou negativa sobre o bem-estar e a saúde do homem, e que resulta dos efeitos ambientais produzidos por ações e atividades do próprio homem.⁹ As ações humanas incluem legislação, programas, projetos e procedimentos operativos. O impacto ambiental se refere basicamente à diferença na qualidade do meio ambiente que existiria, com e sem a ação ou ações consideradas.

7 DIRETORIA DE PORTOS E COSTAS, Normam 20.

8 ANVISA, Resolução 72/2009.

9 Munn, 1975. Disponível em: ambiental.adv.br/ufjym/aiaetapas.pdf

6 AS NORMAS E O REGIME JURÍDICO DA BIOINVASÃO OCACIONADA PELO DESLASTRO

Considerando-se a rotineira atividade marítima, é necessário que se estabeleçam normas e regras que ordenem todo o setor da Marinha Mercante, seja em AJB (águas jurisdicionais brasileiras), como em águas exteriores ao Brasil.

O Direito Marítimo abrange todos os direitos das empresas de navegação nos transportes de carga e de passageiros, dando-lhes a segurança jurídica necessária para a prática do livre comércio aquaviário, além de adotar as diretrizes necessárias para a segurança marítima e de proteção ao Meio Ambiente, o qual denomina-se Direito Ambiental Marítimo.

De acordo com os apontamentos realizados no estudo em questão, quanto mais acidentes ambientais ocorrem – levando-se em consideração qualquer acidente ambiental decorrente do transporte marítimo de carga – mais normas de controle, fiscalização ou prevenção são criadas no âmbito do Direito Ambiental Marítimo, para garantir a proteção do ecossistema dos mares e rios nacionais e internacionais.

Faz-se necessário evidenciar que diversas empresas de navegação vêm priorizando atuar através da utilização de navios por afretamento em vez de utilizar a frota própria, como uma estratégia de competitividade. Com esta prática, são detectadas algumas sociedades empresariais de navios de “fachada”, proprietárias de um único navio, e que operando deste modo, dificultam sua identificação pelos órgãos ambientais e acabam por comprometer a efetividade da aplicação de multa indenizatória aos responsáveis pela degradação ambiental decorrentes de acidentes da navegação.

Visto que o Direito Marítimo ainda é pouco difundido no Brasil, diversos projetos de lei versando sobre a fiscalização, controle e prevenção de riscos inerentes às substâncias lançadas ao mar foram vetados em plenário, sob a justificativa de que a aprovação de mais normas visando à proteção ambiental trariam graves dificuldades à exploração do comércio marítimo de petróleo, ou até mesmo a paralisação do setor naval, gerando graves prejuízos de ordem econômica para o país.

No que diz respeito à legislação aplicada, pode-se afirmar que as empresas de navegação são regidas principalmente por normas administrativas e convenções internacionais criadas de modo a conscientizar as empresas do ramo, de todas as responsabilidades ambientais inerentes à atividade marítima.

Além das Convenções Internacionais e das normas da Diretoria de Portos e Costas, o IBAMA e a ANVISA estão integrados, cada um na sua função específica, cuidando para fiscalizar e aplicar as sanções previstas em cada norma vigente em seus decretos, portarias e resoluções, visando reduzir os danos causados ao ambiente marítimo pelo deslastro dos navios.

Neste sentido, o parágrafo 1º do Artigo 196 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (UNCLOS) de 1982, prevê que:

Os Estados devem tomar todas as medidas necessárias para prevenir, reduzir e controlar a poluição do meio marinho resultante da utilização de tecnologias sob sua jurisdição ou controle, ou a introdução intencional ou acidental num setor determinado do meio marinho de espécies estranhas ou novas que nele possam provocar mudanças importantes ou prejudiciais.

Além da Convenção da UNCLOS que rege os princípios básicos para utilização da água de lastro em águas mundiais, temos a Organização Marítima Internacional (IMO), que é a instituição internacional responsável pela gestão e controle do transporte marítimo no mundo.

Visando a proteção eficiente do meio ambiente marinho, a IMO realizou no ano de 2004 em Londres, a Convenção Internacional sobre a Gestão de Água de Lastro dos Navios.

Em que pese o Brasil ter aderido à Convenção, nem todos os países a aceitaram com facilidade. Sendo assim, a IMO determinou que os termos da convenção somente entrariam em vigor 12(doze) meses após a adesão de, pelo menos, 30 (trinta) países cujas as frotas mercantes juntas constituíssem ao menos 35% da arqueação bruta da frota mercante mundial. Com a adesão da Finlândia em setembro de 2016, a convenção pôde ser implementada.

Contudo, tendo em vista a grande dificuldade apresentada por parte dos mais de 5.000 (cinco mil) armadores de todo o mundo em instalar um sistema de tratamento de água de lastro nas embarcações – por razões de ordem econômica e também por não possuírem muitos fabricantes – uma das principais determinações da nova norma da convenção só será cobrada a partir deste ano de 2019.

No âmbito brasileiro, ainda que pautada nos tratados internacionais, temos a NORMAM 20 da DPC, que rege e controla sua utilização em Águas Jurisdicionais Brasileiras (AJB), além dos outros órgãos controladores e leis aplicáveis como veremos mais adiante.

6.1 As Leis brasileiras de controle e preservação ambiental.

Referentemente à legislação nacional, além das normas administrativas estabelecidas pelos órgãos reguladores, possuímos algumas leis que auxiliam na proteção dos recursos naturais e na conservação do meio ambiente em que vivemos. Estas leis não são específicas para tratar o problema decorrente da água de lastro, mas norteiam os órgãos responsáveis na aplicação de sanções em caso de degradação ambiental provocada pela indústria marítima.

Visando obter uma síntese de algumas destas leis brasileiras, por GALLI, foi elaborada a tabela abaixo para melhor visualização da importância destas normas, contribuindo para a pesquisa em questão:

NORMA	PRECEITOS ATINENTES À POLUIÇÃO MARÍTIMA E À ÁGUA DE LASTRO
Lei n.º 6.938/81 Lei da Política Nacional do Meio Ambiente	<p>Estabelece a obrigação, independentemente da existência de culpa, da indenização ou reparação da degradação causada aos ecossistemas costeiros, além da sujeição ao infrator das demais penalidades previstas no artigo 14.</p>
Lei n.º 7.661/88 Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro	<p>Trata da utilização racional dos recursos na Zona Costeira e em seu artigo 7º prevê que a degradação dos ecossistemas, do patrimônio e dos recursos naturais da Zona Costeira implicará ao agente a obrigação de reparar o dano causado e a sujeição às penalidades previstas no art. 14 da Lei nº 6.938/1981, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.</p>
Lei n.º 9.537/1997 Lei da Segurança do Tráfego Aquaviário em Águas sob Jurisdição Nacional	<p>Dispõe em seu artigo 3º que cabe à autoridade marítima promover a implementação e a execução desta Lei, com o propósito, entre outros, de prevenir a poluição ambiental por parte de embarcações, plataformas ou suas instalações de apoio. Em seu artigo 8º, inciso II, estabelece que compete ao Comandante cumprir e fazer cumprir a bordo, os procedimentos estabelecidos para a salvaguarda da vida humana, para a preservação do meio ambiente e para a segurança da navegação, da própria embarcação e da carga.</p> <p>É o fundamento para a elaboração das Normas da Autoridade Marítima - NORMAM.</p>
Lei n.º 9.605/1998 Lei dos Crimes Ambientais	<p>Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Seu artigo 54, inciso V, prevê como crime causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora, com pena de reclusão, de um a cinco anos para quem lançar resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos. O § 3º do mesmo artigo 54 define que incorre nestas mesmas penas quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível, previsão legal que poderia ser aplicada aos métodos de troca da água de lastro.</p>
Lei n.º 9.795/1999 Política Nacional de Educação Ambiental	<p>Determina que a educação ambiental é um componente essencial e permanente da educação nacional, devendo estar presente, de forma articulada, em todos os níveis e modalidades do processo educativo, em caráter formal e não-formal, incumbindo, à sociedade como um todo, manter atenção permanente à formação de valores, atitudes e habilidades que propiciem a atuação individual e coletiva voltada para a prevenção, a identificação e a solução de problemas ambientais.</p>
Lei n.º 9.966/2000 Trata da prevenção, controle e fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional	<p>Apresenta várias definições acerca da prevenção, controle e fiscalização da poluição causada em águas sob a jurisdição nacional e também dispositivos específicos sobre a água de lastro nos artigos 2º, inciso XVII; artigo 10; artigo 11, inciso VII; artigo 15; artigo 16; artigo 18 e artigo 21, sendo que neste último dispõe que circunstâncias em que a descarga de água de lastro e de outros resíduos poluentes for autorizada não desobrigam o responsável de reparar os danos causados ao meio ambiente e de indenizar as atividades econômicas e o patrimônio público e privado pelos prejuízos decorrentes dessa descarga.</p> <p>No artigo 5º determina que todo porto organizado, instalação portuária e plataforma, bem como suas instalações de apoio, disporá obrigatoriamente de instalações ou meios adequados para o recebimento e tratamento dos diversos tipos de resíduos e para o combate da poluição, observadas as normas e critérios estabelecidos pelo órgão ambiental competente.</p>

(Fonte: Galli, Alessandra. *A poluição Marítima e a água de Lastro*, 2012).

É fundamental que o Estado brasileiro se comprometa em efetivamente aplicar e fiscalizar a aplicação de tais normas e, mais do que isto, “não basta que o Brasil previna a bioinvasão se os demais Estados vizinhos não agirem da mesma forma. É necessário um maior engajamento de toda comunidade internacional, pois este é um problema global”¹⁰.

Fica evidente a necessidade de políticas públicas coordenadas com outros Estados, pois somente através de ações integradas se pode combater esse tipo de processo, que muitas vezes é irreversível. Os países encontram-se dependentes uns dos outros na medida em que apenas com uma intensa cooperação pode-se combater o problema da bioinvasão¹¹.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, conclui-se que as empresas de navegação dependem da utilização da água de lastro para que seja possível manter seus navios estáveis em alto mar, além de auxiliar na dinamicidade de algumas das operações da atividade naval.

Tanto é verdade, que a água de lastro é o método utilizado até hoje para sustentar de forma eficaz as embarcações de grande porte, bem como as plataformas de petróleo e gás do mundo inteiro.

Verifica-se que a presente pesquisa procurou analisar a necessidade do uso da água de lastro para as empresas de navegação, a fim de minimizar a transferência de organismos aquáticos nocivos e agentes patogênicos com a finalidade de reduzir os danos ambientais ocasionados pelo deslastro, além de verificar as medidas de controle, prevenção e aplicabilidade das normas vigentes nos casos de ameaça ecológica.

De forma conclusiva, faz-se necessário avaliar os problemas causados pelo deslastro e adotar medidas preventivas-emergenciais, com a finalidade de reduzir ou amenizar os riscos para o ecossistema marítimo e para população que reside próximo aos portos ou aquelas famílias que dependem do mar para sobreviver, contribuindo para uma melhor qualidade de vida para todos.

10 ZANELLA, T. V. **Água de Lastro: um Problema Ambiental Global**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 83

11 ZANELLA, T. V. **Água de Lastro: um Problema Ambiental Global**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 87

REFERÊNCIAS

ANVISA, **Resolução RCD nº 72** de 29 de dezembro de 2009, disponível no site: http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2718376/RDC_72_2016_.pdf/7283a105-bb94-4a6c-a3d6-ca69f8563dff

CARMO, Macela Chauviere. **Água de Lastro: Ministério da Defesa, Exército Brasileiro, Secretaria de Ciência e Tecnologia, Instituto Militar de Engenharia**, Rio de Janeiro, 2006.

DPC, Diretoria de Portos e Costas, **NORMAM 20**, disponível no site: <https://www.marinha.mil.br/dpc/normas>

GALLI, Alessandra. **A poluição Marítima e a Água de Lastro**, 2012.

LIMA, Leandro Cota. **Gestão da Água de Lastro: Um problema mundial e suas implicações locais**. Universidade Federal de Santa Catarina, Departamento de Engenharia Civil. Florianópolis, 2013.

PEREIRA, Newton N. **Alternativas de Tratamento da Água de Lastro em portos Exportadores de Minérios de Ferro**. Tese de Doutorado em Engenharia, Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia Naval e Oceânica. São Paulo, 2012.

UNCLOS, **Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982**, promulgado pelo DECRETO Nº 99.165, DE 12 DE MARÇO DE 1990.

ZANELLA, T. V. **Água de Lastro: um Problema Ambiental Global**. Curitiba: Juruá, 2010.

DIREITO AO ESQUECIMENTO NA INTERNET: O CONFLITO ENTRE O DIREITO À PRIVACIDADE E O DIREITO À INFORMAÇÃO

*Paula Conceição Colonna
Prof^ª. Orientadora Marta Alonso*

RESUMO

O presente artigo visa explicar o que é o direito ao esquecimento e como podemos conceituá-lo, analisar a sua aplicabilidade, principalmente no âmbito da internet, bem como as possíveis soluções referentes aos conflitos de direitos fundamentais individuais.

Deste modo, apresentaremos uma linha do tempo desde o surgimento dos direitos sociais e individuais, a era digital até o reconhecimento do direito ao esquecimento. No que diz respeito aos dias atuais, são discutidas as possíveis dificuldades jurídicas na implementação desses direitos diante dos avanços tecnológicos. Os direitos sociais constitucionais sofrem conflitos entre si e nos fazem constatar que os direitos fundamentais não são absolutos. Por conseguinte, nos caberá responder à seguinte pergunta: Como solucionar conflitos amplamente garantidos constitucionalmente?

Este artigo científico busca esclarecer como o direito ao esquecimento pode ser de grande valia ao indivíduo que sentir sua privacidade e intimidade invadidas, também como a jurisprudência brasileira vem lidando com estes casos.

Palavras-chave: Direito ao Esquecimento. Privacidade. Intimidade. Liberdade de expressão. Direito à informação. Internet.

1 INTRODUÇÃO

A internet entrou no cotidiano de nossas vidas de forma tão exorbitante que não vemos mais a possibilidade de vivermos sem ela. Como tudo tem seu lado positivo e negativo, com a liberdade e o alcance que a internet proporciona, tornou-se mais um meio para constrangimento e invasões de privacidade afetando diretamente o direito fundamental do indivíduo. A sensação

de que dados podem ser divulgados sobre nós sem qualquer controle ou autorização causa um certo mal-estar, bem como imaginar se há possibilidade de retirar todo conteúdo indesejado sobre nós, sermos esquecidos na internet. Contudo, o direito assegura que cada um tem o direito de ser “esquecido” no contexto social, da opinião pública e do ambiente virtual sob forte argumento de que ninguém pode ser obrigado a ser eternamente submetido a fatos que aconteceram no passado.

A Constituição Federal assegura o direito à inviolabilidade da intimidade do indivíduo. Entretanto, há também os direitos à liberdade de expressão e à informação, onde cada um não pode ser privado de se expressar. Deve-se considerar que nos últimos anos tem havido um descontrole em relação à liberdade de expressão, cabendo lembrar que, apesar de constitucionalmente assegurado, não é ilimitado, assim como os demais.

Os direitos à intimidade, à liberdade de expressão e à informação são direitos fundamentais que podem colidir nos casos concretos, como tem sido há muito debatido na doutrina e jurisprudência brasileira. Todavia, o assunto é retomado com a força dos dias atuais devido à necessidade de limitação dos direitos e a discussão no ambiente virtual.

Um estudo feito nos Estados Unidos por Ronald E. Robertson¹ mostra que as primeiras notícias que aparecem sobre determinada pessoa quando procurada em um site de pesquisa como o Google influenciam diretamente a opinião dos usuários sobre aquele assunto. Conforme o Des. Lizandro Garcia Gomes Filho: “(...) o autor do texto perde o controle da extensão de sua publicação, diante da velocidade de transmissão das informações e do número indefinido de pessoas que ela pode alcançar.”²

O direito ao esquecimento ainda caminha a passos pequenos no Brasil. No entanto, o tema voltou a ser debatido a partir da VI Jornada de Direito Civil destacando-se também com o surgimento da Lei nº 12.965/2014 do Marco Civil, que foi considerada impactante e regulou diversas atividades no âmbito virtual. Não obstante, a referida lei não nos entrega uma solução para o conflito entre as normas, já que, de acordo com o art. 3º da Lei 12.965/2014, mantém-se a garantia do direito à liberdade de expressão e à privacidade.

No passado, as informações sobre determinadas pessoas ficavam guardadas em arquivos e, conseqüentemente, eram esquecidas, especialmente diante da dificuldade de recuperação e manejo de tais informações. No contexto atual da internet, todavia, a informação jamais é esquecida e é propagada por tempo indeterminado. Ou seja, o esquecimento torna-se quase inviável, o que torna o debate e o estudo do tema ainda mais necessário.

Diante do exposto, a partir das páginas seguintes poderemos observar melhor o posicionamento da doutrina e da jurisprudência atual na solução dos casos. Descobriremos se o direito de

1 Limites e parâmetros ao direito de esquecimento. Jus. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/52378/limites-e-parametros-ao-direito-de-esquecimento> apud The search engine manipulation effect (SEME) and its possible impact on the outcomes of elections. Disponível em <http://www.pnas.org/content/112/33/E4512.abstract>.

2 Idem.

informação prevalece sobre o direito à intimidade ou se apenas as particularidades do caso concreto é que podem levar à conclusão daquele direito que irá prevalecer.

2 BREVE HISTÓRIA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Apesar do tema não ser de grande exposição midiática, sempre houve discussões sobre o direito ao esquecimento, e as primeiras surgiram no século XIX.

Antes de começar a se ouvir falar em direito ao esquecimento, já existiam os direitos fundamentais, relacionados à liberdade e à igualdade que, no plano internacional são também chamados de direitos humanos. Os direitos humanos protegem o indivíduo na extensão universal, enquanto os direitos fundamentais se restringem à proteção com base no texto normativo de cada Estado. Alguns autores apontam como marco inicial dos direitos fundamentais a Magna Carta Inglesa (1215)³.

Não somente o indivíduo como matéria deve ser tutelado pela Constituição, mas também seus valores e sua integridade intelectual. A partir do momento que o indivíduo possuía direito de informar a todos sobre qualquer notícia que tivesse relevância social, outro indivíduo poderia invocar o direito de ser protegido, de ter sua vida privada mantida em anonimato. Logo, foi preciso impor limites aos atos do Estado. Diante disso, como desmembramento dos direitos fundamentais, originou-se a discussão sobre o direito de ser esquecido, considerado como uma consequência do direito à privacidade.

No contexto mundial, o direito ao esquecimento originou-se na Europa na década de 1930, com o requerimento de um ex condenado criminalmente. Foi um dos primeiros casos e ocorreu na Alemanha. Conhecido como Caso Lebach, um ex presidiário requereu que um canal de televisão não passasse mais a história do crime de homicídio pelo qual ele tinha sido condenado, já que ele havia cumprido a pena. Com isso, conforme acentua Anderson Scheiber⁴: “O direito ao esquecimento (*diritto all’oblio*) tem sua origem histórica no campo das condenações criminais”. E de fato, um dos grandes motivos de ter iniciado esses debates sobre o direito ao esquecimento, à vida privada e à intimidade foram as condenações criminais. O objeto deste estudo não é a aplicação deste direito no âmbito do direito penal, mas não podemos deixar de expor sua origem. Alguns sentenciados, após o cumprimento de suas penas, continuavam atormentados pelos crimes cometidos e, já com as penas cumpridas, pleitearam o direito de serem esquecidos aos olhos da população.

Já na década de oitenta, o tema chegou aos Estados Unidos da América, relacionados a casos decorrentes de condenações criminais. Neste sentido, Jaqueline Lima preleciona:

Os primeiros conflitos envolvendo o direito ao esquecimento surgiram nos

3 Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. **Direito Constitucional descomplicado**. Rio de Janeiro. Forense, 2016, p. 93

4 SCHEIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3. d - São Paulo: Atlas, 2014, p. 173

Estados Unidos da América e na França, respectivamente, nos anos de 1931 e 1983. Nos Estados Unidos da América a abordagem partiu do reconhecimento da existência de um direito à privacidade, ao qual Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis atribuíram ineditamente um conceito jurídico, em artigo publicado em 1890, intitulado “The right to Privacy”, na *Harvard Law Review*⁵.

No Brasil, por volta da década de 1990, surgiram estudos sobre o direito ao esquecimento, conforme expõe a referida autora:

...Edson Ferreira da Silva publicou o artigo “Direito da Personalidade: Os direitos da personalidade são inatos?”, em 1993, fazendo alusão ao direito ao esquecimento, a partir da menção ao pensamento de Raymond Lindon²⁰. Em 1996, Luis Alberto David Araújo, em sua monografia “A proteção constitucional da própria imagem”, também enfrentou o tema. Ambos os autores inseriram o direito ao esquecimento no conceito de vida privada.⁶

Não somente por isso, o reconhecimento vem aumentando aos poucos no país, muito por crédito ao Enunciado 531⁷ da VI Jornada de Direito Civil de 2013, que dispõe: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.”. Determinados fatos da nossa vida não merecem ser eternizados. Além disso, o dano pessoal (material e psicológico) é agravado com o uso da internet, pois se torna quase impossível a retirada efetiva de todos os dados a quem requerer.

Conforme a utilização da internet foi se ampliando e consolidando, foi se tornando fora do controle e muitos problemas começaram a surgir. Antes do surgimento da era virtual, informações e fotos eram guardadas em locais restritos e havia um procedimento mais dificultoso para consultar tais documentos. Na era virtual, as informações são lançadas em rede mundial a cada minuto sem qualquer controle ou ideia de quem esta coletando e guardando estas informações.

O nosso próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 43, § 1º determina que o nome de um devedor não pode permanecer em cadastro de restrição de crédito por mais de 5 (cinco) anos. Desta forma, pergunta-se: por que deveriam ser eternizadas? A atual Lei do Marco Civil (Lei nº 12.965/2014) surgiu como uma tentativa de controle dos atos virtuais. Contudo, essa lei não foi clara o suficiente nos seus dispositivos e tampouco decisiva sobre o assunto, pois a regulação refere-se aos dados informados pelo próprio usuário.

5 Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis – The right to privacy – disponível em: http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand-warr2.html> apud MONTENEGRO, Jaqueline Lima. Direito ao esquecimento na sociedade da informação: uma abordagem sobre seus aspectos conceituais à luz da doutrina e da jurisprudência. 2017. 146f. Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito Mestrado da Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro. 2017, p. 22. Acesso em 23.03.2019

6 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Brasil debate direito ao esquecimento desde 1990. *Conjur* – 27/11/2013; SCHREIBER, Anderson. Direito e Mídia/ Anderson Schreiber, coordenador – São Paulo: Atlas, 2013 apud MONTENEGRO, Jaqueline Lima. Direito ao esquecimento na sociedade da informação: uma abordagem sobre seus aspectos conceituais à luz da doutrina e da jurisprudência. 2017. 146f. Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito Mestrado da Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro. 2017, p. 25/26. Acesso em 23.03.2019.

7 Enunciado 531. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>Acesso em: 05 out. 2018

Na tentativa de controlar o desenfreado fluxo de informações que conflitavam diretamente com o direito à privacidade tutelado pela Constituição Federal foram criadas diversas leis com intuito de regulação. São elas: a lei do Marco Civil (Lei nº 12.965/2014), que regula os direitos e deveres das empresas e internautas na internet; a lei dos Crimes Cibernéticos, mais conhecida como lei Carolina Dieckmann (Lei nº 12.737/2012), onde há a tipificação dos delitos no âmbito da informática; a lei de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), que dispõe sobre direitos pessoais e altera a lei do Marco Civil e, por fim, o Direito à Memória (Lei nº 12.528/2011), que promove a manutenção da memória, bem como da verdade histórica.

Assim, diversas pessoas foram prejudicadas com a facilidade que a internet nos proporciona, principalmente quanto às figuras públicas, como, por exemplo, atrizes e atores, surgindo aí o caso da apresentadora Maria da Graça Xuxa Meneghel, que será analisado com mais detalhes nos próximos capítulos. Não se pode esquecer os casos de ex presidiários, que já cumpriram pena e desejam recomeçar a vida de forma digna sem ter seu passado de crimes eternizado. Além disso, também devem ser lembradas as vítimas de atos violentos, que passaram por traumas e constantemente são lembradas em programas de televisão ou, ainda mais rapidamente encontradas em sites.

Os debates sobre o direito de ser deixado só no Brasil ficaram mais evidenciados a partir de 2016 quando aumentou a quantidade de julgados sobre o tema em razão do reconhecimento de que o direito ao esquecimento é um direito individual que deve ser tutelado.

Logo, podemos perceber que o direito ao esquecimento ainda é um direito que tem sido reconhecido há décadas com mais ênfase na Europa, onde cada vez mais surgem dispositivos facilitando a tutela do direito ao esquecimento. No Brasil, cada vez mais se está desenvolvendo e alargando o entendimento quanto ao tema, já que a internet trouxe o debate do esquecimento à tona na sociedade atual.

3 CONCEITOS DE DIREITO AO ESQUECIMENTO

Inicialmente, apresentaremos uma definição baseada no significado etimológico da palavra esquecimento. Assim, no que se refere ao significado da palavra esquecimento, podemos apresentar as seguintes reflexões:

Quanto à etimologia, a palavra esquecimento é advinda do verbo latino *obliviscor*, é um depoente, ou seja, tem a norma passiva, mas de sentido ativo. essa forma verbal, derivou o substantivo *oblivium/oblivia*, que quer dizer esquecimento, ou *in oblivionem venire* (cair no esquecimento) ou *a liquid oblivionidare* (entregar algo ao esquecimento)⁸.

8 8 TORRINHA, Francisco. **Dicionário Latim-Português**. 2. ed. Porto, Pt: Gráficos Reunidos, 1942. p. 570; Dicionário Latim-Português. 2. ed. Porto, Pt: Porto Ed, 2001. p. 459 apud CONSALTER, Zilda Mara. Direito ao esquecimento: proteção a intimidade e ambiente virtual. Curitiba. 2017, p. 180

Nas palavras do Dr. Cláudio Chequer, “A ideia de privacidade e intimidade como um conceito jurídico surgiu em 1890, a partir da publicação do festejado artigo de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, nos Estados Unidos, na *Havard Law Review*”⁹. O direito ao esquecimento é também conhecido como o “direito de estar só”, denominação criada pelo magistrado Cooley Warren¹⁰. O conceito exato do direito ao esquecimento ainda é muito incerto, pois abrange incontáveis contextos. Stefano Rodotà¹¹, em seu artigo “O direito à verdade”, comenta que o direito ao esquecimento pode já ter sido alvo de discussão nos tempos de decisão de Aristóteles sobre “o pacto de não lembrar”, em que os pactuantes celebram “que não seja permitido a ninguém vingar-se pelas ofensas passadas”, firmado em 403 a.C.

Em relação aos fundamentos normativos, “o direito ao esquecimento possui substrato constitucional e normativo ordinário, o que pode ser considerado como um desdobramento do direito ao resguardo da vida privada”¹². É um direito subjetivo, autônomo, individual e não absoluto. Sendo assim, apesar de não estar em nenhuma legislação atual, de forma literal, o direito ao esquecimento por ser considerado um desdobramento do direito à privacidade, tornando a teoria válida para a efetivação da tutela no ordenamento jurídico.

Ainda sobre as teorias e conceitos sobre este tema, a conceituação de Luis Martius Holanda Bezerra Junior¹³ nos ajuda a compreender melhor o tema. Segundo o referido autor, o direito ao esquecimento: “É o direito subjetivo de reagir contra a injustificada utilização de fatos pretéritos, desprovidos de interesse público ou de relevância social, com aptidão para malferir, de forma relevante, direitos da personalidade”. Em outras palavras, é um dever que cada indivíduo tem de poder requerer que seja tutelado civilmente seu direito de ser deixado sozinho. Ou seja, evitar que informações suas, que causaram algum desconforto, tristeza ou constrangimento no passado, venham a público novamente e permaneçam disponíveis a todos. Este direito propõe um modo de reação a todos os dados sobre si divulgados no mundo social e no mundo virtual, sem autorização e/ou sem controle.

Neste sentido, partindo do conceito de Bezerra Júnior acima, convém conceituar interesse público e mera curiosidade. De acordo com decisões tomadas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos:

9 CHEQUER, Cláudio. A mera curiosidade do público não faz um assunto transformar-se em tema de interesse público. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-mera-curiosidade-do-publico-nao-faz-um-assunto-transformar-se-em-tema-de-interesse-publico/8839> Acesso em: 23 abr. 2019.

10 WARREN, Samuel D. e Brandeis Louis D. – The right to be alone apud MONTENEGRO, Jaqueline Lima. Direito ao esquecimento na sociedade da informação: uma abordagem sobre seus aspectos conceituais à luz da doutrina e da jurisprudência. 2017. 146f. Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito Mestrado da Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro. 2017, p. 23. Disponível em: <https://bit.ly/2VTF8jO> Acesso em 23.03.2019.

11 RODOTÀ, Stefano. O direito à verdade. Trad. Maria Celina Bodin de Moraes e Fernanda Nunes Barbosa. *Civillistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul-set/2013. p. 4. Disponível em: <http://civillistica.com/o-direito-a-verdade/>. Acesso 23.04.2019

12 BRASIL Lei 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Publicado no D.O.U. de 24.04.2014, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/11965.htm. Acesso em 13 jul. 2014 apud CONSALTER, Zilda Mara. Direito ao Esquecimento: Proteção da intimidade e Ambiente virtual. Curitiba. Juruá. 2017, p. 186

13 BEZERRA JUNIOR, Luis Martius Holanda. **Direito ao Esquecimento**. São Paulo. Editora Saraiva, 2018, p. 74.

(...) o interesse público somente pode ser invocado como defesa da mídia diante de uma situação em que haja a veiculação de matérias confidentes ou privadas, propriamente, nos casos em que a publicação revelar reportagens pelas quais o público deveria ter um interesse.¹⁴

Assim, podemos também entender interesse público como “a expressão dos valores indisponíveis e inarredáveis assegurados pela Constituição, sob o signo inarredável dos direitos fundamentais e da centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana (personalização da ordem constitucional)”¹⁵.

Já a mera curiosidade pode ser considerada o que celebridades fazem no seu dia a dia e que causa interesse do público, por exemplo. Em outras palavras, poderíamos até considerar que é a fofoca em si. Em tese, são informações em que não há utilidade para a coletividade ou desenvolvimento social, porque dizem respeito às atividades diárias que todos nós fazemos. O modo como a vida alheia é exposta incentiva ainda mais a invasão de privacidade, fazendo parecer que a curiosidade é um sentimento inocente e escondendo a gravidade que pode se tornar. Deste modo, o interesse público de ser informado e a mera curiosidade não podem ser confundidos na hora da justificativa da aplicação ao direito ao esquecimento.

Ainda sobre o desdobramento sobre o que é público ou somente intromissão alheia, há um estudo sobre o que é a intimidade e quais as áreas devemos distinguir, como por exemplo, o que é a vida privada e a vida pública. Há uma linha tênue entre as duas áreas, logo esta separação é complicada de ocorrer, pois é bem difícil saber onde uma começa e outra termina. De acordo com Francesco Carnelutti:

(...) público deriva provavelmente de povo; o vocábulo alude ainda à reunião de pessoas. Privado, contrário de público, exprime ao invés da ideia de separação; privado é o homem enquanto se separa dos outros; privar quer dizer exatamente separar alguma coisa de alguém¹⁶.

O direito à privacidade e à intimidade traz à tona o questionamento sobre o que é considerado privado, o que é público. Destarte, é importantíssimo frisar a famosa Teoria Alemã¹⁷, que surgiu em 1950, criada pelos alemães Henrich Hubmann e Henrich Henkel, objetivando delimitar as esferas da reserva da vida privada. São elas:

- a. Esfera Privada – O indivíduo esconde do público geral alguns pontos da sua vida. Caso resolva revelar aspectos de sua vida será apenas para amigos e pessoas com que convive muito e tem certa confiança.

14 BEZERRA JUNIOR, Luis Martius Holanda. Direito ao Esquecimento. São Paulo. Editora Saraiva, 2018, p. 74.

15 Idem.

16 FERNANDES, Milton. **Proteção Civil da Intimidade**. São Paulo, 1977, p. 56 apud MORI, Michele Keiko. Direito à intimidade versus informática. Curitiba. Juruá Editora, 2010, p. 27

17 Idem 11, p. 127

- b. Esfera Íntima – São acontecimentos ainda mais íntimos, que ocorrem entre o indivíduo e sua família. As demais pessoas não têm acesso.
- c. Esfera do Sigilo – Muito mais fechada e íntima. São aquelas ideias mais profundas que se tem e que absolutamente ninguém sabe.

A teoria alemã é bastante criticada pelo doutrinador Pedro Pai de Vasconcelos por causa da dificuldade de ser percebida por pessoas comuns, que não estudam o tema com tanto vigor. Não é algo fácil de ser percebido no cotidiano. Outro crítico desta teoria é o professor Antônio Menezes Cordeiro¹⁸ da Faculdade de Direito de Lisboa, que desenvolve outra teoria, denominada Teoria das Esferas. Para ele existem as seguintes esferas em que o direito à intimidade, à privacidade e ao esquecimento se manifestam:

- i. Esfera pública – é onde se encontram as pessoas de maior visibilidade. São elas: artistas, escritores, políticos, esportistas, etc. Qualquer novidade sobre suas vidas torna-se de grande interesse para o restante da população.
- ii. Esfera individual-social – as informações que cada um divide com amigos. Nada muito sigiloso, podendo até ser compartilhada, já que não gera tanto incômodo.
- iii. Esfera privada – informações compartilhadas com os amigos mais próximos e parentes.
- iv. Esfera secreta – aquele acontecimento ou informação que o indivíduo não conta a ninguém.
- v. Esfera íntima – está no íntimo do indivíduo. Consideramos aqueles segredos mais profundos que cada um tem. Aquela informação/acontecimento que ocorreu e ninguém viu, não foi contado a ninguém.

Não obstante, podemos dizer que o direito à privacidade surge do desejo de não expor dados pessoais, sejam eles secretos ou apenas não autorizados. Não devemos confundir com direito à imagem, onde é possível indenização cumulativa, referente ao dano material e ao dano moral. Infelizmente, no Brasil, o direito à privacidade e à intimidade são considerados sinônimos, o que dificulta a compreensão e gera equívocos quanto ao tema. A privacidade é gênero, uma esfera maior que a intimidade e que se encontra inserida em seu gênero, valendo-se mais de uma questão emocional. Assim, a intimidade está englobada pela privacidade e sua violação pode levar a uma condenação por dano material ou moral, conforme Marcelo Novelino: “Para proteger a privacidade (gênero), permitindo ao indivíduo conduzir a própria vida da maneira que julgar mais conveniente, sem intromissão da curiosidade alheia, a Constituição assegura a

18 Idem 13, p. 57

inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (espécies)”¹⁹

Quando há busca do direito ao esquecimento, o dado não necessariamente é inverídico, mas emerge do direito privado do indivíduo de ser esquecido, de não ser lembrado mais. O dado divulgado causa grande dano material e psicológico ao requerente. O mesmo acontece na internet, se ninguém é obrigado a nada senão em virtude de lei e, não há lei que obrigue o indivíduo a expor informações suas online, por que não podemos exigir seu direito de ser esquecido de fato?

4 DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL E APLICAÇÃO EM CASOS CONCRETOS.

Antes de falarmos sobre a aplicação do direito ao esquecimento no Brasil, é preciso analisar a colisão gerada entre os direitos fundamentais que apenas eram assegurados na Constituição Federal, tendo sido alguns incluídos no Novo Código Civil Brasileiro apenas em 2002, aí denominados de direitos da personalidade. A proteção ao direito da personalidade encontra resguardo no art. 11 do Código Civil: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

O direito da personalidade está inserido nos direitos fundamentais, vejamos a definição do conceito pelo ministro Alexandre de Moraes²⁰:

Direitos humanos, fundamentais podem ser definidos como “o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio da sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

O direito fundamental, em outras palavras, visa proteger o indivíduo do Estado. A dignidade humana, nada mais é do que um direito imprescritível e universal, um dispositivo de segurança de um bem jurídico, que visa garantir os direitos individuais à frente do Estado. Por outro lado, o direito à privacidade pressupõe igualdade, não é limitado num espaço temporal e tramita no âmbito privado. É também considerado um instituto norteador, contendo nele o direito à dignidade humana, que é superior a qualquer tipo de direito fundamental. Assim, o direito ao esquecimento, apesar de não haver expressa citação na lei, é um bem a ser tutelado, como desdobramento deste direito fundamental.

19 NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro. JusPodivum. 2016, p. 337

20 MORAES, Alexandre. apud MORI, Michele Keiko. **Direito à intimidade versus informática**. Curitiba. Juruá Editora, 2010, p. 17

Conforme a teoria de Georg Jellinek, criada no século XIX, explica-se a posição do indivíduo e a posição do Estado na sociedade através de quatro gerações/dimensões. A partir dessa teoria foram se firmando institucionalmente os direitos fundamentais.

Os direitos humanos de primeira dimensão são direitos civis e políticos, que têm como objetivo fazer com que o Estado tenha uma certa abstenção. É possível que existam conflitos entre direitos, como no caso do direito à liberdade de expressão. O direito à informação, pode ser enquadrado como um direito de terceira dimensão, onde encontramos os direitos de solidariedade. Diante disso, com a gradual inserção de novos direitos constitucionais, novos moldes sociais foram sendo reconhecidos e somente a partir da Constituição Federal de 1988, os direitos sociais foram classificados como direitos fundamentais com aplicação imediata e *status* de cláusula pétrea.

O direito ao esquecimento ocorre não apenas quando há informação indevida nos meios de comunicação e/ou online, mas principalmente quando se acarreta um dano à honra do indivíduo, principalmente quando a divulgação o impede de seguir com sua vida de forma digna, gerando também clara violação da privacidade e da dignidade humana.

O maior conflito que o direito ao esquecimento lida é o conflito entre o direito à inviolabilidade do indivíduo (CF, art. 5, X) e o direito à liberdade de comunicação (CF, art. 5 IX), ambos amparados pela Carta Magna. A zona mais conflitante é liberdade de expressão/informação *versus* a privacidade.

O direito à informação e à liberdade de expressão, direitos defendidos pelos comunicadores que afirmam que os fatos devem ser expostos para toda a sociedade, também não são absolutos e nem hierarquicamente superiores. Com a grande concorrência no ramo da comunicação e possivelmente alguma falta de tema para abordar, alguns antigos acontecimentos passam a ser lembrados por estes meios para manter o interesse do público naquele veículo. Este desejo de informar não pode se sobrepor ao direito alheio de manter longe dos olhos da sociedade fatos dolorosos de sua própria vida.

Há uma sede pelo direito à verdade. Que verdade é essa afinal? Em análise à memória e à informação, nas palavras de Rogotà:

(...) ninguém pode se apropriar da “verdade” de outrem sem seu consentimento, sem que o interessado conscientemente aceite ceder as próprias informações, um limite está assinalado e um critério está individualizado de modo a evitar que a cobiça por informações se disfarce em necessidade da verdade.²¹

O ponto é que a liberdade de expressão e de informação é um ato a favor da democracia, mas deve-se avaliar como exercê-las. Estes direitos não podem ser invocados irresponsavelmente, devendo serem postos de forma menos onerosa aos indivíduos. A informação deve ser de fato

21 Idem 11, acesso 23.abr. 2019

para informar e não para satisfazer curiosidade alheia. Este é o ponto. Atualmente os limites estão sendo ultrapassados, sem devido respeito ao próximo e sem qualquer empatia. Até onde podemos ir de forma que não conflite com outras garantias constitucionais? Conforme é sabido pelos juristas e doutrinadores, não há hierarquia entre os direitos fundamentais. Então, como solucionar os conflitos entre o direito à liberdade de expressão e de informação e o direito ao esquecimento? De acordo com Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino é preciso haver a ponderação no momento de solução do conflito, conforme é exposto:

Segundo a lição da doutrina, na hipótese de conflito entre os direitos fundamentais, o intérprete deverá realizar um juízo de ponderação, consideradas as características do caso concreto. Conforme as peculiaridades da situação concreta com que se depara o aplicador do Direito, um ou outro direito fundamental prevalecerá.²²

Portanto, a resposta para estes questionamentos é que, no Brasil, o meio para solução dos casos é o da ponderação na análise do caso concreto. Não se pode deixar alguém lucrar com a ofensa à honra de uma pessoa.

Além disso, são os princípios encarregados de normatividade e nem todos os princípios e direitos fundamentais estão expressos na Constituição Federal. Não há na lei brasileira um rol taxativo para solução dos conflitos entre os direitos fundamentais ou qualquer coisa do tipo, diferentemente do Código Civil Português que traz critérios para solução dos possíveis conflitos. No Brasil, faz-se necessária a verificação dos valores, dos possíveis efeitos, da cultura do país, da relevância da informação abordada.

No momento atual brasileiro, as decisões a respeito do direito ao esquecimento encontram-se orientadas, em sua maioria, apenas pelo entendimento jurisprudencial já sedimentado. Isso nos traz um questionamento no sentido de que esse meio de resolução do conflito não observa um grau de objetividade e previsibilidade adequado a manter uma segurança jurídica, o que acaba por gerar subjetividade e soluções meramente casuísticas, baseadas na opinião e interpretação pessoal de cada julgador.

Um exemplo de decisão favorável ao direito do esquecimento no exterior sobre o tema é o *leading case* alemão de Max Mosley. Max Mosley, um renomado empresário do ramo automobilístico, requereu perante o Tribunal de Hamburgo que o *Google* removesse os sites que divulgassem seus momentos íntimos sadomasoquistas com diversas mulheres e que esses possíveis links divulgadores fossem monitorados por 5 anos. Mosley obteve êxito no seu pedido, reconhecendo a violação de sua privacidade e o posicionamento alemão sobre o tema foi o seguinte:

22 Idem 3, p. 105.

Certamente, podem decorrer da liberdade de radiodifusão efeitos limitadores para as pretensões jurídicas do direito [fundamental] da personalidade; porém, o dano causado à ‘personalidade’ por uma apresentação pública não pode ser desproporcional ao significado da divulgação para comunicação livre. Além disso, desse valor de referência decorre que a ponderação necessária no âmbito da personalidade por um programa de tipo questionável e, por outro lado, esta o interesse concreto a cuja satisfação o programa serve e é adequado a servir, para avaliar e examinar se e como esse interesse pode ser satisfeito [de preferência] sem um prejuízo – ou sem um prejuízo tão grande – da proteção à personalidade.²³

Em suma, podemos verificar que também foi usada a ponderação na decisão deste caso já que não havia qualquer relevância social o que ele fazia sexualmente em sua vida privada, devendo a intimidade prevalecer ao direito à informação nessa situação específica.

Uma decisão jurisprudencial brasileira que confirma essa técnica da ponderação, mesmo que não completamente a favor do direito ao esquecimento, é o caso *Aída Curi*. Após o programa *Linha Direta* da Rede Globo lembrar esse assassinato de enorme repercussão, a família da *Aída Curi* pediu o reconhecimento do direito ao esquecimento devido à retomada da divulgação do crime, justificando que isso causava grande abalo emocional à família. Os recursos interpostos na tentativa de ganhar a causa não foram suficientes e os ministros entenderam que na análise de ponderação, nesse caso, havia necessidade de informação ao público, conforme encerra pontualmente Anderson Schreiber:

E não raro o exercício do direito ao esquecimento impõe ponderação com o exercício de outros direitos, como a liberdade de informação, sendo certo que a ponderação nem sempre se resolverá em favor do direito ao esquecimento. O caso concreto deve ser analisado em suas peculiaridades, sopesando-se a utilidade informativa na continuada divulgação da notícia com riscos trazidos pela recordação do fato à pessoa envolvida. Como em outros conflitos já analisados, não há aqui uma solução simples. Impõe-se, ao contrário, delicado balanceamento entre interesses do jogo²⁴

5 DIREITO AO ESQUECIMENTO NA INTERNET

O direito ao esquecimento vem justamente para tutelar sob o direito da reserva da intimidade do indivíduo contra o Estado e o descontrole de informações a seu respeito explorado em diversos meios de comunicação, especialmente online. Quando uma garantia

23 SCHWABE, Jürgen. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Tradução de Beatriz Henning et al. Montevideu, Ur. Konrad AdenauerStiftung, 2005. p. 492. apud CONSALTER, Zilda Mara. *Direito ao Esquecimento: Proteção da intimidade e Ambiente virtual*. Curitiba. Juruá. 2017, p. 234

24 SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 164 apud CONSALTER, Zilda Mara. *Direito ao Esquecimento: Proteção da intimidade e Ambiente virtual*. Curitiba. Juruá. 2017, p. 214

fundamental invade os limites da outra é preciso recorrer à intervenção judiciária.

Fatos pretéritos da nossa vida não merecem ser relembrados para todo o sempre. Isso impede que a pessoa que sofreu certo constrangimento, dor, prejuízo ou cometeu um erro, consiga esquecer e seguir sua vida. E pior, impede que o restante da população esqueça o ocorrido também. É comum que haja, com o decorrer da vida e o aumento de maturidade do indivíduo, mudança de opinião e de comportamento com o passar dos anos. Por esse motivo é que todas as informações, sem autorização de seus donos, não devem permanecer eternizadas servindo de munição para uma constante e repetidamente punição pelo ato cometido. Atoos esses ocorridos no passado que não são mais dignos de orgulho, e que, portanto, não merecem ser resgatados.

Por outro lado, diante da constante evolução da tecnologia virtual, a opção de retirar dados pessoais da internet torna-se impossível. Diante disso, surge a seguinte indagação: Como lidar com a exposição de nossa privacidade, por nós ou terceiros, em uma era onde a informação vale ouro? Quanto mais se sabe sobre íntimo do próximo, mais poder se tem sobre ele. É preciso avaliar: ou não colocamos os dados na rede, ou colocamos e correremos o risco de nunca mais conseguirmos apagá-los por completo dos sites pelo mundo afora.

Assim, diante desse grande desafio, o direito ao esquecimento aplicado na internet surge como uma atividade meio, de modo a ajudar no controle dos dados, de frear a divulgação, pois tirar efetivamente todas as informações requeridas não é possível. Sobre o tema, Gustavo Testa Corrêa apresenta a seguinte reflexão:

A tecnologia digital é uma realidade, e justamente por isso estamos diante da criação de lacunas objetivas, as quais o direito tem o dever de estudar, entender e, se necessário, preencher. Com a crescente popularização da Grande Rede, evidenciamos a criação de novos conceitos sobre tradicionais valores, tais como a liberdade, a privacidade e o surgimento dos ‘crimes’ digitais [...] O grande desafio para o direito é a compreensão e o acompanhamento dessas inovações, garantindo assim pacificações social, o desenvolvimento sustentável dessas novas relações e, acima de tudo, a manutenção do próprio Estado Democrático de Direito. Aos operadores do direito cabe a difícil tarefa de estudar e encontrar respostas, sensatas e inteligentes, para os novos desafios advindos desse novo paradigma, fazendo com que a pessoa humana e as novas tecnologia possam coexistir dentro de uma nova concepção de mundo.²⁵

Reforçando o que já foi citado em capítulos anteriores, antes do surgimento da internet havia uma propensão maior dos fatos serem gradativamente esquecidos pela população conforme o passar do tempo, já que não era fácil ter acesso às informações. Nesse sentido, Pablo Dominguez Martinez assevera:

25 CORRÊA, Gustavo Testa. Aspectos jurídicos da internet. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21-2 apud CONSALTER, Zilda Mara. **Direito ao Esquecimento**: Proteção da intimidade e Ambiente virtual. Curitiba. Juruá. 2017, p. 337

(...) uma notícia veiculada no jornal poderia ser obtida em uma pesquisa após grande esforço. A foto impressa era apenas divulgada e mostrada às pessoas mais próximas. Com a internet, os buscadores de pesquisa transformaram a dificuldade em facilidade e, por meio de um simples clique, é possível obter qualquer tipo de informação.²⁶

Com gradual avanço da internet, o acesso à informação torna-se a ponto de ser considerado ilimitado, ou seja, não há controle sobre todas as manifestações e divulgações de informações, sendo estas autorizadas ou não, verdadeiras ou não. Não só a vítima deve ser cuidadosa com suas informações, mas quem as divulga também, mesmo sobre si própria, pois são enviadas e ninguém sabe ao certo onde são armazenadas. O desejo de fama a qualquer custo tem feito as pessoas divulgarem informações privadas, mesmo fora de contexto para chamar atenção. Caso haja posteriormente arrependimento pela divulgação, o dano já estará feito e permanecerá eternizado. Trata-se de um dano de difícil reparação, não há como negar; por isso, seguindo este raciocínio, Bezerra Júnior afirma que:

(...) na era da rede mundial de computadores, o direito ao esquecimento seria, antes de tudo, um direito de contextualizar, voltado não apenas a coibir a republicação desnecessária de uma informação, mas também para evitar a permanência, por tempo indeterminado, desses dados e referências, desprovidos de atualidade, acessíveis na rede.²⁷

A cautela do cidadão faz-se necessária, até porque muitas empresas antes de contratar funcionários fazem buscas de informações sobre os candidatos na internet e o que encontram pode interferir diretamente na sua escolha. É o que expõe Giusella Finochiaro,:

Nos Estados Unidos da América, dentre as quatro maiores companhias encarregadas do recrutamento de pessoal (“headhunters”), três admitiram que se utilizam das ferramentas de pesquisa disponíveis na internet, para a investigação de aspectos pessoais e do passado dos candidatos inscritos para uma vaga de emprego, tendo sete, entre dez recrutadores, reconhecido que já recusaram candidatos por conta dos conteúdos encontrados e disponibilizados em rede mundial.²⁸

Nos últimos anos, têm surgido leis mais específicas para ajudar o controle pelas empresas de tecnologia, a fim também de evitar ataques cibernéticos, muitos através de perfis falsos e de

26 MARTINEZ, Pablo Dominguez. Direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação. Rio de Janeiro, 2014, p. 80 apud BEZERRA JUNIOR, Luis Martius Holanda. **Direito ao Esquecimento**. São Paulo. Editora Saraiva, 2018, p. 210

27 FINOCHIARO, Giusella, 2014, p. 591-604 apud MORI, Michele Keiko. **Direito à intimidade versus informática**. Curitiba. Juruá Editora, 2010, p. 27

28 Idem 19, p 209.

tentar rastrear as divulgações de notícias falsas e não autorizadas. Isso tudo não se aplica apenas em relação a fatos, mas também em relação à divulgação indevida de fotos. Foi assim que surgiu a Lei de Crimes Cibernéticos (Lei 12.737/2012), mais conhecida como “Lei Carolina Dieckmann”. A criação desta lei se deu pelo fato de a atriz ter tido suas fotos íntimas copiadas do seu computador pessoal, bem como várias de suas conversas por um prestador de serviços que havia sido contratado para consertar seu computador. Essas fotos e conversas foram divulgadas sem a sua autorização. Esse fato trouxe o questionamento sobre se existiria alguma forma de proteção à intimidade no meio digital. Com a Lei 12.737/2012, podemos aplicar sanções àqueles que invadem privacidade alheia na internet. Assim, deu-se mais um passo em direção ao direito de privacidade e intimidade.

Aos poucos, a legislação para o ambiente virtual vem ganhando força. A lei considerada o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), também pode ser considerada mais um passo dado à frente no reconhecimento do tema, pois reconhece a importância de um controle no ambiente virtual. Porém, sua efetividade ainda está em observação. Não é uma lei que soluciona o caso, mas já dá um norte para possíveis sanções.

Portanto, requerendo a tutela da intimidade, o indivíduo pode pleitear a aplicação do direito ao esquecimento na internet, demonstrando que houve grande dano à sua honra, afetando sua vida digna perante a sociedade. O mero incômodo pode ser considerado motivo insuficiente para argumentar o direito ao esquecimento, ainda mais se for confrontado com a liberdade de expressão. Atualmente, é possível controlar também quem, a partir de uma data específica, passou a divulgar, sem autorização, determinado dado. Assim, já é possível localizar a pessoa que cometeu a infração.

Em 2014, o Google recebeu mais de 41 mil pedidos sobre “direito ao esquecimento”²⁹ de pessoas que tomaram conhecimento do seu direito e buscaram sua garantia. Pressupõe-se que essas pessoas foram prejudicadas por alguma divulgação inapropriada na internet ou não conseguiram retirar informações indevidas da rede. Apesar do Google não se confundir com a internet, é o site de busca mais famoso e mais usado. Dessa forma, não é de se surpreender que recebe mais pedidos de relacionados ao direito ao esquecimento.

No Brasil, há o famoso caso da apresentadora Maria da Graça Xuxa Meneghel, no ano de 2012. A apresentadora requereu a retirada do *Google Search* de links e imagens referentes ao vídeo pornô, que a apresentadora fez antes de ficar famosa como Xuxa. A justificativa da requerente era de que ela havia se tornado apresentadora infantil no auge da carreira televisiva e que não tinha mais qualquer relevância social a informação de que ela tinha atuado como atriz pornô no passado. Não tendo o Google atendido o pedido da apresentadora, ela ajuizou

29 BAKER, Jennifer. Google já recebeu mais de 41 mil pedidos sobre ‘direito ao esquecimento’. IDG News Service. Boston, Ma, EUA, 08 de junho de 2014. Disponível em: <http://idgnow.com.br/internet/2014/06/06/google-ja-recebeu-mais-de-41-mil-pedidos-sobre-direito-ao-esquecimento/>. Acesso em: 10 jun. 2014. apud CONSALTER, Zilda Mara. Direito ao Esquecimento: Proteção da intimidade e Ambiente virtual. Curitiba. Juruá. 2017, p. 350.

uma ação contra o referido buscador. Xuxa, porém, não obteve sucesso em primeira instância. Por conseguinte, os advogados de Xuxa interpuseram recurso no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e obtiveram seu pedido parcialmente provido. O referido Tribunal decidiu que apenas as fotos deveriam ser retiradas, nada se podendo fazer quanto aos links divulgados.

Em conclusão, nas palavras de Zilda Mara Consalter: “Nessa senda, é importante destacar que a tutela convencional e os tradicionais conceitos de direito à privacidade e à intimidade não serão suficientes para proteger os usuários frente às mídias atuais”³⁰. O direito ao esquecimento, apesar de já existir antes do surgimento da internet, faz com o que o tema volte a ser debatido, pois há necessidade de estudo de como esse direito será aplicado diante das novidades tecnológicas para resguardo da privacidade/intimidade. É uma nova situação jurídica e um capítulo ainda em evolução na história brasileira e mundial. Provavelmente, somente daqui a alguns anos surja uma solução definitiva. Por enquanto, vejamos como a jurisprudência tem tomado decisões quanto à tutela do esquecimento na internet no capítulo a seguir.

6 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA

Neste artigo científico vimos que o meio mais utilizado para a solução do conflito entre direito à informação e direito à privacidade em nome do direito ao esquecimento é o da ponderação. Não há uma solução certa, pronta e acabada para esse tipo de conflito. Em alguns momentos, um direito prevalecerá sobre o outro, conforme assevera Consalter:

... na hipótese de conflito entre os direitos fundamentais, o intérprete deverá realizar um juízo de ponderação, consideradas as características do caso concreto. Conforme as peculiaridades da situação concreta com que se depara o aplicador do Direito, um ou outro direito fundamental prevalecerá. É possível que, em um caso em que haja conflito entre direitos “X” e “Y”, prevaleça a aplicação do direito “X” e, em outra ocasião, presentes outras características, a colisão dos mesmos direitos “X” e “Y” resolva-se pela prevalência do direito “Y”³¹.

Essa técnica também foi recepcionada no artigo 489, § 2º do Código de Processo Civil em 2015: “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”³². Essa inclusão no código teve como referente os casos de direitos fundamentais. Porém, sua aplicabilidade é realizada de forma mais ampla, não contemplando apenas princípios, mas também normas e espécies.

30 CONSALTER, Zilda Mara. **Direito ao Esquecimento**: Proteção da intimidade e Ambiente virtual. Curitiba. Juruá. 2017, p. 350

31 Idem 3, p. 105

32 BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 17 mai. 2019.

Por este motivo, apresentaremos três casos famosos (o inteiro teor dos julgados citados neste tópico poderá ser encontrado no anexo deste trabalho) relacionados ao tema do direito ao esquecimento e ao conflito de direitos fundamentais para demonstrar como foi aplicada a técnica da ponderação pelos tribunais.

Vejam alguns julgados reais e o modo como foram compreendidos e julgados pelo judiciário brasileiro.

CASO 1:

Ementa:

DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA E DE INFORMAÇÃO VERSUS DIREITOS DA PERSONALIDADE. MATÉRIA PUBLICADA EM SITE JORNALÍSTICO. INTERNET. NOTÍCIA DE PRISÃO EM FLAGRANTE DE SUSPEITO DE CRIME. POSTERIOR ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL RESPECTIVO. DIREITO AO ESQUECIMENTO DO INVESTIGADO. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO NA PERMANÊNCIA DA NOTÍCIA. NECESSIDADE DE ESTABILIZAÇÃO DOS FATOS PASSADOS. PREVALÊNCIA, NO CASO, DA PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. SOLUÇÃO MEDIANTE JÚIZO DE PONDERAÇÃO. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE, PARA DETERMINAR QUE A RÉ PROVIDENCIE A EXCLUSÃO DA NOTÍCIA IMPUGNADA DE SUA PÁGINA NA INTERNET. SENTEN REFORMADA. RECURSO PROVIDO³³.

Neste caso, o autor Carlos Alberto Lovato propôs ação contra a empresa Folha da Manhã para que seu nome fosse retirado do site em relação à notícia de sua prisão cautelar para apuração de eventual prática do crime de corrupção, já que isso lhe causou diversos transtornos e constrangimentos. Não obstante, requereu judicialmente que a notícia fosse tirada do ar, argumentando que essa notícia já não teria mais qualquer tipo de relevância social e informou que o inquérito policial já havia sido arquivado. Como seu pedido foi julgado improcedente, o autor interpôs recurso de apelação no TJSP.

Nesta nova avaliação, o Juízo de segundo grau entendeu que a Empresa Folha da Manhã não ultrapassou os limites do direito de informar neste caso. Porém, também entendeu que permanecia o questionamento se a notícia realmente deveria prevalecer na internet sob tempo indeterminado, considerando que apesar do caso ser real, a investigação já havia sido encerrada.

Neste caso, os desembargadores entenderam que se aplicaria o direito ao esquecimento, julgando que há sim aplicação desse direito com base no Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, que dispõe “*A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento*”. Expôs o desembargador Paulo Alcides Amaral Salles: “A colisão

33 TJ-SP - APL: 00077661720118260650 sp 0007766-17.2011.8.26.0650, Relator: Paulo Alcides, Data de Julgamento: 08/05/2014, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/05/2014

entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da liberdade de informação e de imprensa resolve-se não em juízo de exclusão, mas de ponderação”.

Isto posto, o referido Acórdão corrobora todo o estudo feito neste artigo, e com isso podemos verificar a aplicação dos dois direitos fundamentais: o de informar e o da privacidade. Conforme a leitura do Acórdão, percebe-se que os desembargadores atentam para a relevância social da informação ou se há mera curiosidade; e aferem quanto tempo a notícia deveria estar no ar. Há uma análise dos tempos atuais que vivemos, ou seja, avalia-se o poder da internet, bem como os danos causados ao autor da ação e, por fim, apresenta-se a solução do conflito utilizando-se o método da ponderação.

Caso 2:

EMENTA: RECLAMAÇÃO – ARGUIÇÃO DE OFENSA AO POSTULADO DA RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ART. 97) – SÚMULA VINCULANTE Nº 10/STF – INAPLICABILIDADE A SITUAÇÕES QUE CONFIGUREM SIMPLES “CRISE DE LEGALIDADE” – INEXISTÊNCIA, NO CASO, DE JUÍZO (OSTENSIVO OU DISFARÇADO) DE INCONSTITUCIONALIDADE DE QUALQUER ATO ESTATAL – JULGAMENTO PELO ÓRGÃO RECLAMADO QUE SE EFETUOU EM FACE DO ORDENAMENTO INFRACONSTITUCIONAL – CONTENCIOSO DE MERA LEGALIDADE – INVIABILIDADE DA RECLAMAÇÃO – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO³⁴

Este é o famoso caso da apresentadora Maria da Graça Xuxa Meneghel, em que a autora requereu a retirada de todas as suas imagens nuas e que associassem seu nome à pesquisa “xuxa pedófila”. Infelizmente, não houve prevalência do direito ao esquecimento neste caso e o STF entendeu que o Google, réu desta ação, não é obrigado a retirar essas informações, pois isso violaria o direito à informação.

A doutrina possui um outro posicionamento, nas palavras de Anderson Schreiber e com as ideias de Stefano Rodotà:

Tome-se a hipótese nada incomum da atriz que, em início de carreira, autoriza a veiculação de sua imagem, nua, em dada revista masculina ou atua como personagem de um filme picante. Suponha-se que a mesma atriz, ao longo dos anos seguintes, venha a construir carreira como apresentadora de programas infantis. Não há dúvida de que a veiculação daquelas imagens no passado, destacadas do seu contexto original, pode causar grave dano à pessoa retratada, mesmo que a autorização para a veiculação da imagem tenha sido dada na ocasião pretérita, sem qualquer limite temporal (destacando-se, portanto, a violação ao direito de imagem), resta evidente que a vida da pessoa encaminhou-se em sentido oposto ao daquele ato pretérito. O direito à exibição da imagem entra em choque com faceta importante do direito à privacidade. Trata-se do cha-

34 Idem 2, p. 7.

mado direito ao esquecimento, o que significa que nem todas as pegadas que deixei na minha vida devem me seguir implacavelmente, em cada momento da minha existência.³⁵

O direito ao esquecimento poderia ser aplicado aqui devido ao lapso temporal entre o fato ocorrido e a ausência de relevância social nos dias atuais, sem contar a eternização de acontecimentos dos quais a autora não se orgulha e a sociedade a faz pagar por isso ao continuar propagando o conteúdo indesejado. Contudo, a jurisprudência não compreendeu desta maneira, negando provimento aos recursos da autora. Por fim, a causa teve parcial provimento, devendo o réu ser obrigado a retirar apenas as imagens da autora e não os links, pois não há como controlar a replicação desses links na internet.

Caso 3:

Ementa:

DIREITO CONSTITUCIONAL. VEICULAÇÃO DE PROGRAMA TELEVISIVO QUE ABORDA CRIME OCORRIDO HÁ VÁRIAS DÉCADAS. AÇÃO INDENIZATÓRIA PROPOSTA POR FAMILIARES DA VÍTIMA. ALEGADOS DANOS MORAIS. DIREITO AO ESQUECIMENTO. DEBATE ACERDA DA HARMONIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS- DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DIREITO À INFORMAÇÃO COM AQUELES QUE PROTEGEM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A INVIOABILIDADE DA HONRA E DA INTIMIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL³⁶.

Neste caso, os irmãos de Aida Curi, abusada sexualmente e morta em 1958, informaram que houve divulgação não autorizada da imagem de sua irmã no extinto programa Linha Direta. Os autores requereram indenização pelo uso não autorizado de imagem e que sua falecida irmã fazia jus ao direito ao esquecimento, já que sua morte não teria mais qualquer relevância social no ano em que o programa foi ao ar. Ademais, foi dito que o programa Linha Direta ultrapassou os limites da liberdade de expressão nesse caso.

A alegação de direito ao esquecimento nesse caso encontra respaldo na questão de que ao reviver este caso, vendo o ocorrido na televisão, retoma a família sentimentos dolorosos que talvez ainda não tenham superado. O direito ao esquecimento trata justamente de evitar que situações dolorosas atrapalhem a vida dos afetados de forma eterna, impossibilitando o retorno dos envolvidos à vida “comum”. De alguma forma, esse programa feriu a honra da falecida vítima e de sua família, que ainda está viva.

Por conseguinte, a ré alegou que estava prestando apenas seu dever de informar e que as informações que foram coletadas poderiam ser coletadas por qualquer outra pessoa. O

35 Idem 24, p. 210

36 Superior Tribunal de Justiça STJ - RE no RECURSO ESPECIAL: RE no REsp 1334097 RJ 2012/0144910-7. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf>. Acesso em: 17 mai, 2019.

juízo, até o momento, está a favor do direito à informação, por se tratar de um assassinato de grande divulgação no país. É necessário observar que este caso ainda não chegou ao fim, já que o autor protocolou agravo que ainda aguarda para julgamento, mas é mais um caso que demonstra a importância do direito ao esquecimento.

Conforme vimos nesses três casos, o direito ao esquecimento pode ser admitido, porém cada caso concreto deve ser analisado com suas particularidades e consequências. Cada caso gera efeitos diferentes. Por isso se torna inviável a criação de uma única solução para essas situações. Para solucionar, o interesse público, o dever de informar, o dever de ter sua privacidade assegurada devem ser analisadas para chegar a uma conclusão pela ponderação.

A aplicabilidade do direito ao esquecimento nos tribunais brasileiros ainda caminha a passos lentos, mas a tendência é que este direito seja cada vez mais reconhecido, haja vista que o número de ações judiciais envolvendo este tema está crescendo. Com a internet cada vez mais proporcionando a invasão da privacidade e a eternização de nossos erros, faz-se necessário requerer o direito ao esquecimento como uma forma de proteção à nossa dignidade humana.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito ao esquecimento, surgiu há décadas, mas por muito tempo permaneceu sem a devida divulgação, principalmente no Brasil, dificultando que as pessoas pudessem exigir esse direito. O “direito de não ser lembrado”, “de ser esquecido”, direito esse que muitos passam a vida sem saber que possuem. Ninguém deve ser eternamente punido por casos pretéritos de sua vida; por isso, sempre foi muito requerido na esfera penal e cada vez mais está sendo aplicado na esfera civil e amparado pelos direitos humanos.

Quantas vezes não nos incomodamos com algo que informaram na internet sobre nós ou sobre informações que nós mesmos divulgamos e não conseguimos apagar? Será que poderia ser uma questão de ponto de vista, onde devemos ter todas as informações sobre o outro, mas ninguém deve saber sobre mim? Um dos pontos positivos deste tema é justamente essa reflexão. Na correria diária de nossas vidas podemos atropelar a privacidade alheia até inconscientemente. Devemos voltar o olhar para o outro com mais empatia, mais respeito, até mesmo na hora em que for necessário divulgar duras informações de relevância social, porque o direito deve ser para proteger a todos.

Haverá sempre causas que incidirão em conflitos constitucionais, como ocorrem os direitos fundamentais na Carga Magna. Porém, com o surgimento de cada vez mais casos concretos, os legisladores não conseguem de fato solucionar efetivamente o problema. Aqui surge mais um impasse atual: a internet. Na internet cada vez mais se torna difícil o controle do que é publicado, e ainda é mais difícil a retirada dessas informações. Conforme

já dito algumas vezes, nada é esquecido na internet, uma vez publicado, as chances de permanecerem eternamente online são imensas.

Assim, o direito deverá acompanhar a evolução digital e o modo como a sociedade se comporta no ambiente virtual. Desse modo, com uma análise comportamental desse uso, poderão surgir novos mecanismos de controle e de legislação para acontecimentos virtuais. O controle de uso necessário aqui, não é no sentido poder limitar as liberdades fundamentais, mas sim de conscientização para que um direito não sobreponha o outro.

Portanto, a privacidade não deve ser colocada de lado. Devemos constantemente zelar por ela, pois estamos cada vez mais em uma era onde qualquer informação pode tornar-se eterna, pode ser julgada por qualquer tipo de pessoa e pode ser deturpada. Devemos fazer valer nosso direito fundamental previsto no inciso X do art. 5º da Constituição Federal e usarmos com sabedoria o nosso direito à liberdade de expressão, previsto no inciso IX do art. 5º da referida Constituição.

O direito ao esquecimento na internet existe e tem sido reconhecido cada vez mais. Mesmo com o passar dos anos, ainda há as lacunas legislativas que impedem a efetividade do direito ao esquecimento. A lei do Marco Civil e dos Crimes Cibernéticos e Proteção de Dados que entrará em vigor em 2020 já são um grande avanço na nossa legislação no intuito de tornar mais harmonioso e correto o uso destas ferramentas virtuais, resguardando a dignidade humana.

Em conclusão ao estudo do tema direito ao esquecimento e da sua aplicabilidade na internet, conforme o estudo da jurisprudência brasileira, entendemos que ocorre a prevalência da ponderação na resolução dos casos concretos. Portanto, no Brasil, este é o modo de solução dos conflitos dos direitos fundamentais individuais, consequentemente, do direito ao esquecimento.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 15.ed. Rio de Janeiro. Forense LTDA. 2016

BEZERRA JUNIOR, Luis Martius Holanda. **Direito ao esquecimento**. São Paulo. Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. LEI Nº 12.528, DE 18 DE NOVEMBRO DE 2011. **Direito à memória**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112528.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

BRASIL. LEI Nº 12.737, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2012. **Lei dos Crimes Cibernéticos**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12737.htm. Acesso em: 11 abr 2019.

BRASIL. LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014. **Marco Civil da Internet**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 10 set. 2018.

BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 17 mai. 2019.

BRASIL. LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018. **Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 20 mar 2019.

BRASIL. LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018. **Lei de Proteção de Dados** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em: 20 mar 2019.

BRASIL. LEI Nº 5.250, DE 9 DE FEVEREIRO DE 1967. **Lei da Imprensa**. Direito à memória. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5250.htm. Acesso em: 18 set. 2018. Brasília, DF: **Senado Federal**: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Constituição**(1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil.

CHEQUER, Cláudio. **A mera curiosidade do público não faz um assunto transformar-se em tema de interesse público**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-mera-curiosidade-do-publico-nao-faz-um-assunto-transformar-se-em-tema-de-interesse-publico/8839>> Acesso em: 23 abr. 2019

CONSALTER, Zilda Mara. **Direito ao Esquecimento**: Proteção da intimidade e Ambiente virtual. Curitiba. Juruá. 2017.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Para um conceito de interesse público no Estado Constitucional de Direito**. <https://jus.com.br/artigos/42480/para-um-conceito-de-interesse-publico-no-estado-constitucional-de-direito>. Acesso em: 26 abr. 2019

FERREIRA, Paulo Rafael de Lucena. **Direito ao esquecimento é realidade no cenário jurídico brasileiro.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-03/paulo-ferreira-direito-esquecimento-cenario-juridico-brasileiro> Acesso em: 18 abr. 2019.

LUCENA, Lorena. **Direito à liberdade de expressão nas redes sociais: quais os limites?** Disponível em: <http://www.mtagora.com.br/coluna/direito-aliberdadedeexpress-eonasredessociais-quaisoslimites/244957896> Acesso em: 06 abr. 2019.

MONTENEGRO, Jaqueline Lima. **Direito ao esquecimento na sociedade da informação: uma abordagem sobre seus aspectos conceituais à luz da doutrina e da jurisprudência.** 2017. 146f. Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito Mestrado da Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro. 2017.

MORI, Michele Keiko. **Direito à intimidade versus informática.** Curitiba. Juruá. 2010.

MOTA, Karine Alves Gonçalves. **Direito ao esquecimento: conflito entre a liberdade de expressão e o direito à intimidade da pessoa pública.** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,direito-ao-esquecimento-conflito-entre-a-liberdade-de-expressao-e-o-direito-a-intimidade-da-pessoa-publica,590584.html> Acesso em: 12 abr. 2019.

NICOLODI, Márcia. **Os direitos da personalidade.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4493/os-direitos-da-personalidade> Acesso em: 12 abr. 2019.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro. JusPodivum. 2016.

ORTEGA, Flávia Teixeira. **O que consiste o direito ao esquecimento?.** JusBrasil. Disponível em: <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/319988819/o-que-consiste-o-direito-ao-esquecimento> Acesso em: 25 nov. 2018.

PACHECO, Eliana Descovi. **Colisão entre direitos fundamentais e formas de solucionar a questão juridicamente.** Âmbito Jurídico. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=4228%3E Acesso em 18 set. 2018 Qual a diferença entre vida privada e intimidade? <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/74728/qual-a-diferenca-entre-vida-privada-e-intimidade-ariane-fucci-wady> Acesso em: 26 abr. 2019

RODOTÀ, Stefano. **O direito à verdade.** Trad. Maria Celina Bodin de Moraes e Fernanda Nunes Barbosa. Civilistia.com Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, jul.-set./2013. Disponível em: <http://civilistica.com/o-direito-a-verdade/>. Acesso em: 15 out. 2018

ROSENVALD, Nelson. **O Direito Civil em movimento.** Salvador. JusPODIVM, 2017. SCHEIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade.** 3. d - São Paulo: Atlas, 2014.

SYDOW, Spencer Toth. **Limites e parâmetros ao direito de esquecimento.** Jus. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/52378/limites-e-parametros-ao-direito-de-esquecimento> Acesso em: 19 set. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Breves linhas sobre o direito ao esquecimento**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68554/breves-linhas-sobre-o-direito-ao-esquecimento> Acesso em: 17 mai. 2019

TARTUCE, Flávio. **Técnica da Ponderação no Novo CPC**: posição favorável. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/02/15/tecnica-de-ponderacao-no-novo-cpc-posicao-favoravel-flavio-tartuce-e-posicao-contraria-lenio-luiz-streck/> Acesso em: 17 mai, 2019.

VIZEU, Leonardo Figueiredo. **Lições de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro. Forense LTDA. 2013

WADY, Arianne Fucci. **Qual a diferença entre vida privada e intimidade?** <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/74728/qual-a-diferenca-entre-vida-privada-e-intimidade-ariane-fucci-wady> Acesso em: 26 abr. 2019



FACHA

www.facha.edu.br

Campus Botafogo • Rua Muniz Barreto 51 - Botafogo - Tel.: 2102-3100