

Ano 04, n. 01, 2013.

ISBN 2318-6879

REVISTA

# DIREITO e SOCIEDADE

REFLEXÕES CONTEMPORÂNEAS

UMA PUBLICAÇÃO FUNDADAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS, FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS, CURSOS DE DIREITO E SERVIÇO SOCIAL. ANO 4 N.º 01.

Direitos Humanos,  
Estado e  
Políticas Públicas

  
**Fema**  
Faculdades Integradas  
Machado de Assis

## CORPO EDITORIAL

### COMISSÃO EDITORIAL

*Prof.ª Dr.ª Márcia Adriana Dias Kraemer*  
FEMA  
*Prof.ª Dr.ª Marli Marlene Moraes da Costa*  
FEMA/UNISC  
*Prof.ª Ms. Bianca Tams Diehl*  
FEMA  
*Prof.ª Ms. Bianca de Melo Hartfil*  
FEMA  
*Prof.ª Ms. Sinara Camera*  
FEMA

### CONSELHO CONSULTIVO

*Prof.ª Dr.ª Ivete Simionatto*  
UFSC  
*Prof.ª Dr.ª Jânia Maria Lopes Saldanha*  
UFSC/UNISINOS  
*Prof.ª Dr.ª Taciana Camera Segat*  
UFSC  
*Prof.ª Dr.ª Tatiana Bolivar Lebedeff*  
UFPEL  
*Prof. Dr. João Martins Bertaso*  
URI (Santo Ângelo)  
*Prof. Dr. Mauro Gaglietti*  
IMED/URI(Santo Ângelo)  
*Prof. Dr. Ricardo Hermany*  
UNISC

### COORDENAÇÃO

*Prof.ª Ms. Bianca Tams Diehl*  
Coordenadora do Curso de Direito  
*Prof.ª Dr.ª Márcia Adriana Dias Kraemer*  
Coordenadora do Núcleo de Pesquisa, Pós-  
Graduação e Extensão - NPPGE

### ARTE E DIAGRAMAÇÃO

*Guilherme Bonnes*

### EDITORIAÇÃO

*Prof.ª Dr.ª Márcia Adriana Dias Kraemer*  
Supervisora

### APOIO TÉCNICO

*Daiane da Rocha Ferreira*  
*Luciano Augusto de Oliveira Paz*

### CAPA

*Rafaeli Capeletti*

R454 Revista Direito e Sociedade: reflexões  
contemporâneas/Faculdades Integradas  
Machado de Assis - Santa Rosa, Ano 4, Nº 1, 2013.

ISSN 2318-6879  
Publicação Anual

1. Direito 2. Serviço Social 3. Artigos Acadêmicos  
I. Faculdades Integradas Machado de Assis

CDU: 34(05)

### Publicação Oficial das Faculdades Integradas Machado de Assis

Curso de Direito e de Serviço Social  
Rua Santa Rosa, 536, Centro, Santa Rosa, Rio Grande do  
Sul, Brasil.  
CEP: 98900-000  
Telefone/Fax: (55) 3511 3800  
Homepage: [www.fema.com.br](http://www.fema.com.br)

### Endereço para o envio de trabalhos [revistadireitoesociedade@fema.com.br](mailto:revistadireitoesociedade@fema.com.br)

Publicação anual. Todos os direitos reservados. A produção ou  
tradução de qualquer parte desta publicação somente será  
permitida após a prévia permissão escrita do autor. Os conceitos  
em artigos assinados são de responsabilidade de seus autores. As  
matérias desta revista podem ser livremente transcritas, desde que  
citada a fonte.

## SUMÁRIO

<b>EDITORIAL .....</b>	<b>4</b>
<b>A OBSERVAÇÃO AUTOPOIÉTICA NA ATIVIDADE NOTARIAL .....</b>	<b>8</b>
<i>Bianca de Melo Hartfil</i>	
<i>Renê Carlos Schubert Júnior</i>	
<i>Roberto Pozzebon</i>	
<b>A HUMANIZAÇÃO DO SUJEITO A PARTIR DA SAÚDE OCUPACIONAL .....</b>	<b>27</b>
<i>Daniele Regina Terribile</i>	
<i>Márcia Adriana Dias Kraemer</i>	
<i>Bianca Tams Diehl</i>	
<b>A RESERVA DO POSSÍVEL COMO RECONHECIMENTO DO OUTRO E DE SEU DIREITO NO FUTURO .....</b>	<b>45</b>
<i>João Vítor Magalhães Mousquer</i>	
<b>A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE .....</b>	<b>74</b>
<i>Patrícia Walker</i>	
<i>Letícia Lassen Petersen</i>	
<b>ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL FRENTE AOS ERROS COMETIDOS PELOS NOTÁRIOS A TERCEIROS NA ATRIBUIÇÃO DA FUNÇÃO PÚBLICA DELEGADA .....</b>	<b>99</b>
<i>Claudia Cristina Camargo Zaltron</i>	
<i>Bianca de Melo Hartfil</i>	
<i>Daiane da Rocha Ferreira</i>	
<b>ENTENDENDO O FENÔMENO DO ASSÉDIO MORAL (MOBBING) NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: UMA ABORDAGEM A PARTIR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES .....</b>	<b>120</b>
<i>Luciano de Almeida Lima</i>	
<i>Fabiane da Silva Prestes</i>	
<b>NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO PREVIDENCIÁRIO (NTEP): BREVE ANÁLISE ACERCA DO INSTITUTO PREVIDENCIÁRIO .....</b>	<b>135</b>
<i>Fábio Adriano da Silva</i>	
<i>Niki Frantz</i>	

**O DESAFIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: EM BUSCA DE UM  
“MERCADO VERDE” POR MEIO DA TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL ..... 153**

*Franciele Seger*

*Michel François Drizul Havrenne*

**O NOVO PARADIGMA DO DIREITO INTERNACIONAL E OS PERIGOS DA  
NOVA ORDEM GLOBAL..... 169**

*Marcelo Dias Jaques*

## EDITORIAL

A quarta edição da Revista Eletrônica *DIREITO E SOCIEDADE: reflexões contemporâneas*, do Curso de Direito e de Serviço Social, das Faculdades Integradas Machado de Assis, centrada no eixo temático *Direitos Humanos, Estado e Políticas Públicas*, apresenta artigos científicos inseridos no contexto de produção intelectual de docentes e de discentes do Ensino Superior.

As nove contribuições que são articuladas neste compêndio apresentam o caráter interdiscursivo que é essencial às construções oriundas do labor acadêmico, materializando-se em searas de discussão social, jurídica, política e cultural necessárias à construção do conhecimento.

No viés empreendido, mostram-se panoramas que interligam a tríade ensino, pesquisa e extensão, em que os articulistas demonstram comprometimento com o papel de socializar os saberes produzidos na academia, aproximando do leitor o contexto investigativo de variadas temáticas.

A caminhada inicia a partir de *A Observação Autopoiética na Atividade Notarial*, de Bianca de Melo Hartfil, Renê Carlos Schubert Junior e Roberto Pozzebon, os quais expõem os pressupostos da atividade notarial brasileira na perspectiva da teoria dos sistemas e da autopoiese no Direito. Questionam se é possível aplicá-los de forma a contribuir ao aperfeiçoamento e à efetividade dos serviços notariais como organização pertencente ao sistema jurídico, tendo em vista o caráter preventivo de litígios.

A segunda contribuição da Revista tem como autoras Daniele Regina Terribile, Márcia Adriana Dias Kraemer e Bianca Tams Diehl que apresentam *A Humanização do Sujeito a Partir da Saúde Ocupacional*. O artigo, com perspectiva histórica, analisa cronologicamente os elementos que permitem compreender o aspecto evolutivo de instrumentos legais de proteção à saúde no trabalho e as

dinâmicas que hoje se operam na questão do direito ao bem-estar do trabalhador no seu ambiente de atividades profissionais.

João Vítor Magalhães Mousquer, terceiro convidado, empreende uma reflexão acerca da Teoria da Reserva do Possível como garantia de direitos fundamentais à coletividade. Nesse viés, o autor defende que, conforme os cidadãos conquistam direitos, migra o Estado para o Estado Democrático de Direito – com a consagração dos direitos civis e políticos. De acordo com Mousquer, tal progresso encontra-se na base e na gênese do Estado Social. Assim, a discussão acontece em torno desse aspecto e da Reserva do Possível que é uma tradução do limite orçamentário do Estado para o provimento de todos os direitos estabelecidos e permitidos.

O quarto artigo a ser apresentado retrata *A Responsabilidade Civil do Advogado pela Perda de uma Chance*, de autoria de Patrícia Walker e Letícia Lassen Petersen. O texto tem como objetivo abordar os principais aspectos da teoria da perda de uma chance, especialmente no que se refere a sua aplicação na seara da responsabilidade civil do advogado. Tal abordagem é feita por meio de registros históricos do instituto, além de posicionamento doutrinário e jurisprudencial, os quais analisam, respectivamente, a fundamentação teórica da responsabilidade civil pela perda de uma chance e a responsabilidade civil do profissional da advocacia pela perda de uma chance.

Na sequência, *Análise da Aplicabilidade da Responsabilidade Civil Frente aos Erros Cometidos pelos Notários a Terceiros na Atribuição da Função Pública Delegada*, um artigo de Claudia Cristina Camargo Zaltron, Bianca de Melo Hartfil e Daiane da Rocha Ferreira, apresenta a importância de pesquisar as formas de responsabilização civil a serem aplicadas no exercício da função notarial. Destacam-se as teorias da responsabilidade civil da teoria do risco e a teoria da responsabilidade civil subjetiva. Pretende-se, com isso, refletir acerca da responsabilidade civil extracontratual do Estado, enfatizando as diferenças e a importância de cada corrente.

A Revista conta também com o artigo *Entendendo o Fenômeno do Assédio Moral (Mobbing) nas Relações de Trabalho: uma abordagem a partir dos direitos fundamentais dos trabalhadores*, de Luciano de Almeida Lima e de Fabiane da Silva Prestes. O estudo aborda a implicação do assédio moral nas relações trabalhistas, seu conceito, seus elementos e seus limites, considerando os direitos fundamentais dos trabalhadores. Os autores analisam o fenômeno, as suas consequências jurídicas e as repercussões legais, a partir do método de abordagem dedutivo e hermenêutico.

Em *Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário (Ntep): breve análise acerca do instituto previdenciário*, Fábio Adriano da Silva e Niki Frantz têm como objetivo principal apresentar breve análise da temática quanto a conceitos e a institutos previdenciários. A investigação expõe fundamentação constitucional e infraconstitucional brasileira, tendo como direcionador a prestação de esclarecimentos quanto ao recente instituto. O autores esclarecem que, criado por meio de lei e implementado pela autarquia federal, é polêmico e, por essa razão, a pesquisa objetiva especificamente retratar como vem sendo entendido pelos doutrinadores da área.

Franciele Seger e Michel François Drizul Havrenne constroem uma reflexão acerca d'O *Desafio do Desenvolvimento Sustentável: em Busca de um "Mercado Verde" por Meio da Tributação Ambiental*. No artigo, os autores discutem aspectos relevantes dessa temática na perspectiva de um novo padrão de desenvolvimento econômico, sob o enfoque do Direito Ambiental, do Direito Econômico e do Direito Tributário. Procuram mostrar de que forma a adoção do referido modelo poderá garantir qualidade de vida às presentes e futuras gerações.

Outro artigo, apresentado por Marcelo Dias Jaques, expõe *O Novo Paradigma do Direito Internacional e os Perigos da Nova Ordem Global*. Nele, o pesquisador analisa o enfoque delimitado diante do enfraquecimento da soberania. Jaques traça um panorama histórico do desenvolvimento da hegemonia norte-americana no cenário pós Segunda Guerra Mundial, resgatando eventos economicamente

relevantes como *Bretton Woods* e a *Societè Mont'Pelerin*. A intenção é refletir acerca da mudança paradigmática do direito internacional, os perigos da nova ordem que se desenha em âmbito global, bem como os efeitos da globalização e das inovações tecnológicas da humanidade.

Com a mescla de estudos apresentados nesta Edição da Revista Eletrônica *DIREITO E SOCIEDADE: reflexões contemporâneas*, do Curso de Direito e de Serviço Social, das Faculdades Integradas Machado de Assis - FEMA, pretende-se instigar o leitor a ser sujeito partícipe das narrativas de pesquisa propostas. Por meio do compartilhamento desses saberes, espera-se oportunizar o debate em que se evidenciem diferentes maneiras não só de pensar como de expor o pensamento, para contribuir com uma formação multifacetada e que transcenda a paradigmas atávicos dos quais a academia necessita afastar-se o quanto possível. Assim, uma excelente leitura!

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Márcia Adriana Dias Kraemer  
Coordenadora do Núcleo de Pesquisa, Pós-Graduação e Extensão –NPPGE/FEMA  
Membro da Comissão Editorial da Revista Direito e Sociedade

## A OBSERVAÇÃO AUTOPOIÉTICA NA ATIVIDADE NOTARIAL

Bianca de Melo Hartfil<sup>1</sup>  
Renê Carlos Schubert Junior<sup>2</sup>  
Roberto Pozzebon<sup>3</sup>

### RESUMO

O propósito específico deste artigo é discutir os pressupostos da atividade notarial no Brasil à luz da teoria dos sistemas e da autopoiese no Direito. Nesse processo, questiona-se: é possível aplicar a visão autopoietica do Direito à função notarial brasileira, de forma a contribuir para o aperfeiçoamento e a efetividade dos serviços notariais como organização pertencente ao sistema jurídico, tendo em vista o caráter preventivo de litígios? O presente estudo considera alguns eixos fundantes. O primeiro trata da teoria dos sistemas e da autopoiese. O segundo refere-se à estrutura e organização da função notarial. No terceiro eixo, o intuito é o estudo da organização notarial como atividade preventiva de litígios e o papel do notário frente aos direitos fundamentais numa sociedade complexa, onde o Direito Notarial busca efetividade e segurança jurídica. Finalmente, propõe-se a aplicação da teoria dos sistemas aos serviços notariais brasileiros. Dessa forma, a pesquisa realiza uma análise de algumas dimensões relevantes que envolvem os serviços notariais no Brasil, quais sejam: a estruturação enquanto serviço público delegado, sua função preventiva de conflitos, a possibilidade de aprimoramentos de suas atividades e a teoria dos sistemas aplicada às organizações.

**Palavras-chave:** autopoiese – teoria dos sistemas – organização notarial.

### RESUMEN

El propósito específico de este artículo es discutir los presupuestos de la actividad notarial en Brasil a la luz de la teoría de los sistemas y la autopoiesis en el Derecho. En este caso, la pregunta es: ¿es posible aplicar la visión autopoietica del Derecho a la función notarial brasileña, contribuyendo así para perfeccionar la efectividad de los servicios notariales como organización que pertenece al sistema

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada de alto Uruguai e das Missões (URI) Campus Santo Ângelo/RS. Docente Regime Integral e Coordenadora do Núcleo de Pesquisa e Atividades Complementares do Curso de Direito na FEMA – Faculdades Integradas Machado de Assis, Santa Rosa/RS. Brasil.biancahartfil@fema.com.br

<sup>2</sup> Mestre em Desenvolvimento, linha de pesquisa Direitos Humanos pela UNIJUÍ Campus Ijuí/RS. Docente Regime Integral e Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica do Curso de Direito da FEMA – Faculdades Integradas Machado de Assis, Santa Rosa/RS. Brasil. rene@fema.com.br

<sup>3</sup> Professor das Faculdades Integradas Machado de Assis de Santa Rosa/RS, Mestre em Direito e Advogado com especializações na área cível e trabalhista.

jurídico, teniendo en vista el carácter preventivo de los conflictos? El presente estudio considera algunos ejes fundamentales. El primero se refiere a la teoría de los sistemas y de la autopoiesis. El segundo se refiere a la estructura y organización de la función notarial. En el tercer eje, el objetivo es el estudio de la organización notarial como actividad preventiva de los conflictos y el papel de los profesionales notariales frente a los derechos fundamentales en una sociedad compleja, donde hay la búsqueda del Derecho Notarial por efectividad y seguridad jurídica. Finalmente, hay la propuesta de aplicación de la teoría de los sistemas a los servicios notariales brasileños. De este modo, la investigación realiza un análisis de algunas de las dimensiones relevantes que se ha envuelto los servicios notariales en Brasil, a saber: la estructuración mientras servicio público delegado, su función preventiva de los conflictos, la posibilidad de perfeccionamiento en sus actividades y la teoría de los sistemas aplicada a las organizaciones.

**Palabras-clave:** autopoiesis – teoría de los sistemas – organización notarial.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo visa a observação autopoietica da atividade notarial brasileira como uma organização. O propósito específico é discutir pressupostos acerca da atividade notarial no Brasil à luz da teoria dos sistemas e da autopoiese no Direito. Nesse processo, questiona-se: É possível aplicar a visão autopoietica do Direito à função notarial brasileira, de forma a contribuir para o aperfeiçoamento e a efetividade dos serviços notariais como organização pertencente ao sistema jurídico, tendo em vista o caráter preventivo de litígios?

A pesquisa justifica-se frente à necessidade de análise da atividade notarial enquanto organização, pois se acredita no aprimoramento e efetividade da atividade notarial. A proposta de um novo modelo de execução dos serviços notariais, sob a ótica sistêmica se sustenta a partir de experiência prática na área notarial e pesquisa teórica sobre a atividade notarial e seu papel social.

O presente estudo considera alguns eixos fundantes. O primeiro deles trata da teoria dos sistemas e da autopoiese. O segundo eixo refere-se à estrutura e organização da função notarial. No terceiro eixo, o intuito é o estudo da organização notarial como atividade preventiva de litígios e o papel do notário frente aos direitos fundamentais numa sociedade complexa, onde o direito notarial busca efetividade,

segurança jurídica e finalmente, propor, a aplicação da teoria dos sistemas aos serviços notariais brasileiros.

Dessa forma, pretende-se, com esta pesquisa, analisar algumas dimensões relevantes que envolvem os serviços notariais no Brasil, quais sejam: a estruturação enquanto serviço público delegado, sua função preventiva de conflitos, a possibilidade de aprimoramentos de suas atividades e a teoria dos sistemas aplicada às organizações.

Para tanto, intenta-se demonstrar a construção de uma proposta de aplicação de um modelo sistêmico autopoietico à organização notarial brasileira, buscando o aperfeiçoamento, efetividade, a responsabilidade e o compromisso da função notarial como auxiliar da justiça, no sistema jurídico brasileiro.

Assim, o principal objetivo dessa pesquisa é o aperfeiçoamento da atividade notarial, enquanto organização pertencente ao sistema jurídico brasileiro, numa perspectiva sistêmica autopoietica, tendo em vista a redução de complexidade na função notarial.

Nesta pesquisa, o *modo de análise* será prioritariamente dedutivo, optando-se por esta diretriz na medida em que o raciocínio dedutivo caracteriza-se pela lógica de aprofundamento a partir de uma teoria e, com base nesta, o esboço de algumas conclusões peculiares, o *método de procedimento* será sócio-analítico.

E, finalmente, no que se refere à *técnica da pesquisa*, será utilizada documentação indireta, com consulta em bibliografia de fontes primárias e secundárias, tais como: publicações avulsas, jornais, revistas especializadas na área da pesquisa, livros, periódicos e documentos.

## **1 A TEORIA DOS SISTEMAS E A AUTOPOIESE**

Pretende-se estudar a teoria dos sistemas e a autopoiese, uma vez que o intuito final é propor a aplicação da teoria dos sistemas aos serviços notariais brasileiros, objetivando o aperfeiçoamento da atividade notarial, numa perspectiva sistêmica autopoietica, tendo em vista a responsabilidade e o compromisso da função notarial como auxiliar da justiça no sistema jurídico.

Nesse sentido, Comassetto demonstra a relevância da discussão em tela, afirmando o que segue:

Na sociedade complexa em que vivemos, cada vez mais as discussões que circundam o direito ocupam um relevante espaço, como decorrência de inúmeras relações que se estabelecem entre os indivíduos no meio social. A compreensão das questões que envolvem o direito se fazem necessárias, a partir de uma abordagem mais sofisticada do que se entende por direito. Para tanto, é fundamental o exame do direito sob o enfoque da Matriz Pragmática ou Teoria Sistêmica que vislumbra sob uma perspectiva funcionalista, levando-se em consideração a função social do direito. (COMASSETTO, 2002, p.33).

A partir da complexidade social, neste momento contemporâneo e pós-moderno, torna-se necessária para compreensão do direito e sua relação com a sociedade, a compreensão da Teoria Sistêmica com fundamento sociológico, e a partir dos ensinamentos de Niklas Luhmann delinear-se-ão alguns traços introdutórios da referida teoria.

Luhmann expõe a importância da reflexão sistemática da teoria sociológica:

[...] a sociologia não pode aceitar que outras ciências fundamentem seu próprio método. A tradição teórica de mais de cem anos da disciplina social se erige sob a convicção de poder compreender todos os fenômenos sociais a partir de seus fundamentos; entendendo-se a si mesma, conseqüentemente como ciência universal, que implica tudo o que concerne ao seu campo, e como ciência fundante, que deve captar absolutamente todos os fenômenos sociais a partir de sua base: a sociedade. (LUHMANN, 2010, p.14).

A sociedade é o seio em que os fatos ocorrem e circulam constantemente. Com base nessa afirmativa, podemos imaginar que a complexidade do mundo moderno e do próprio direito se comunica no seu próprio meio. “Por complexidade se entende o conjunto de todos os eventos (*Ereignisse, Events*) possíveis. Designa-se assim, portanto, o campo ilimitado dos ‘mundos possíveis’.” (LUHMANN, 2004, p. 301).

A partir da teoria de Maturana por intermédio de Luhmann, se percebe que a importância de nos descobirmos como observadores do meio e, em seguimento, procuramos explicar os fatos e acontecimentos a partir dos próprios fatos e

acontecimentos, para a afirmação do conhecimento do conhecimento. Desse modo, observamos que a teoria dos sistemas, que veio da biologia, passou a ser utilizada e estudada em várias áreas do saber, inclusive no direito (BRUM; REX, 2010, p. 275).

Uma crise do Direito vivenciada na contemporaneidade causa insegurança, porém essa crise não vem de hoje e precisa ser observada. Nesse sentido, com propriedade afirma Rocha:

Observa-se uma crise do Direito da modernidade. Salienta-se, porém que a maioria das observações sobre a existência de uma crise do Direito é extremamente conhecida, e, portanto, não se pretende aqui recordá-las, mas caminhar por percursos de que o Direito, pelos motivos já salientados, começa a ficar defasado em relação a uma série de questões importantes da sociedade, em relação a problemas políticos decisivos e, principalmente, defasado quanto àquilo que chamamos de novos direitos. Deste modo de observação, a crise do Direito não é somente uma deficiência de sua estrutura tradicional, mas uma crise da integração de seus pressupostos dogmáticos para funcionarem dentro da globalização [...] (ROCHA, 2005, p. 15).

O presente estudo visa a utilização da teoria dos sistemas a fim de reduzir complexidades na atividade notarial. Para tanto, Luhmann explica a ideia de redução de complexidade:

Precisamente nessa ideia de redução de complexidade - entendida como processo social permanente - Luhmann situa o motor da evolução dos sistemas sociais. Porém, tal ideia não representa somente a evolução, senão que ela se encontra presente inclusive no início de toda ordem, na origem de toda interação social.

Deslocando o problema da complexidade para o problema originário de toda relação interpessoal, ou, dito de outro modo, levantando-se a hipótese de uma "situação originária" de contato entre dois indivíduos no âmbito dessa complexidade ainda não reduzida em forma alguma, sem sociedade, o problema toma a forma da "dupla contingência". (LUHMANN, 2004, p. 302).

Tendo em vista que a atividade notarial analisada como uma organização pertencente ao sistema jurídico se faz necessário destacar as situações de decisão que ocorrem a todo tempo nessas organizações. Nos serviços notariais essas decisões são normalmente ações comunicativas dentro do sistema do direito do qual faz parte direito notarial e suas inter-relações. A sociedade precisa dessas de

decisões com eficácia por parte de quem conduz o atendimento notarial, uma vez que confiam a esta pessoa uma decisão importante de sua vida.

Acerca das decisões nas organizações, explica Luhmann:

Una situación de decisión diferente se da para aquellas posiciones de decisión em el sistema que quieren utilizar la capacidad de decisión lograda mediante el ingreso para establecer *premisas de decisión* para otras *decisiones*. Simplificando bastante, puede pensarse en la dirección del sistema organizacional respectivo; secundariamente, en todos los superiores cuyas facultades de dirección son delegadas; y, más lejos en los equipos de planificación, que están subordinados a estos niveles y, no en último término, en todos los subordinados, en la medida en que se preocupen de obtener decisiones sobre premisas de decisión (LUHMANN, 2005, p. 70).

Com base na teoria dos sistemas, a atividade notarial é vista como uma organização. Desse ângulo, é cabível conhecer sua constituição é de serviço público delegado do Estado e seu papel frente à sociedade. A observação dessa atividade como organização sugere um paradoxo de unidade e diferença, conforme Rocha, “Nenhuma distinção pode ser aplicada a si mesma de maneira absoluta, o que faz surgir um paradoxo. A *teoria da sociedade* conhece este como o paradoxo da unidade da diferença.” (ROCHA, 2011, p. 36).

O papel do Direito é fundamental nessa observação, frente ao paradoxo, desse modo, demonstra Rocha:

O direito observa a sua unidade como unidade da diferença entre o que é direito e não direito, mas não pode observar se é direito ou não é direito determinar o que é direito ou não direito. A auto-observação é uma operação que é, de um lado, um produto do sistema, na medida em que constitui uma operação deste e, de outro lado, um pressuposto da autopoiesis do sistema, na medida em que influi no desenvolvimento posterior desta (2011, p. 36).[...] Nesta linha de ideias, para teoria dos sistemas a autorreferência é um estrutura da realidade e, portanto, o paradoxo é constitutivo desta. Os paradoxos devem ser desenvolvidos; isso caracteriza o processo de “desparadoxação” do sistema. Assim percebe-se, a partir da admissão do paradoxo como constitutivo (e criativo), uma nova forma de compreensão do direito. Desta maneira, o sistemas sociais se desparadoxam, tornando operativa a circularidade de sua autoreferência, mediante a colocação das assimetrias. (ROCHA, 2011, p. 36).

A interpretação na teoria dos sistemas parte do conceito de comunicação e está sempre ligada a uma teoria da ação. A análise sistêmica parte do pressuposto de que a sociedade apresenta as características de um sistema permitindo a compreensão dos fenômenos sociais através dos laços de interdependência que os unem e os constituem numa totalidade (ROCHA, 2009, p. 53).

A cultura da ciência jurídica no Brasil é se rejeitar o novo e de instrumentalizar, judicializar do Direito. Normalmente nesse paradoxo circular, ganha campo a resolução de conflitos e não prevenção, independente da origem do problema, ou seja, o juiz aparece como o único solucionador dos problemas. Nessa linha percebe-se a visão de Estado protetor, que resolve os litígios, com a ideia de solucionar, punir e não prevenir. E, pior ainda, não há preocupação em estudar o próprio meio em que a atividade notarial se autoreproduz.

Dessa forma cabe explorarmos um dos conceitos mais modernos e atuais dentro da teoria sistêmica, a autopoiese no direito. Segundo Rocha; King e Schwartz podemos definir autopoiese:

Como um subsistema funcional da sociedade, o Direito também é compreendido como um sistema autopoietico. Nesse sentido, a autopoiese do sistema jurídico é uma continuação da autopoiese da sociedade. No entanto é necessário que o sistema jurídico demarque sua própria *autopoiesis* a partir da distinção entre sua unidade e o entorno, formando sua diferenciação funcional. Ele deve ser capaz de traçar seus limites, visto que somente como sistema vai adquirir sentido, uma vez que o entorno é pura complexidade. (ROCHA; KING e SCHWARTZ, 2009, p.103).

Nesse sentido, Teubner, para explicar a origem da autopoiese afirma o que segue:

Na sua origem, a teoria da autopoiesis surgiu como uma tentativa de resposta das ciências biológicas para um velho e radical problema da história da ciência e da filosofia: o da vida. O que define um sistema vivo? O que permanece inalterado em cada organismo (vegetal ou animal) durante o curso da sua existência? Qual a característica estrutural e universal responsável pela possibilidade e identidade próprias de cada sistema vivo, para lá das suas contingências espaço-temporais? Ultrapassando a indecível polémica entre mecanicismo e vitalismo à qual se reduziram séculos e séculos de debate filosófico sobre a questão, Humberto MATURANA e Francisco VARELA, os biólogos fundadores da

teoria da autopoiesis, adiantaram uma nova e revolucionária ideia: o que define - vida em cada sistema vivo individual é autonomia e constância de uma determinada organização das relações entre os elementos constitutivos desse mesmo sistema, organização essa que é auto-referencial no sentido de que a sua ordem interna é gerada a partir da interação dos seus próprios elementos e auto-reprodutiva no sentido de que tais elementos são produzidos a partir da interação circular e recursiva. (TEUBNER, 1989, p.4).

Entretanto, analisando por um viés diferente, a própria cultura também pode ser algo feito à sociedade, em especial pelo Estado, de modo que necessita-se de uma proteção de algo ou alguém. Eagleton entende que numa sociedade civil, os indivíduos vivem em um estado de um antagonismo crônico, impelidos por interesses opostos, mas o Estado é um âmbito transcendente no qual as divisões podem ser harmoniosamente reconciliadas, desde que o Estado tenha estado em atividade na sociedade civil, aplacando rancores e refinando afinidades, sendo a cultura esse processo. A Cultura, segundo ele, seria uma espécie de pedagogia ética que nos torna aptos para a cidadania política: temos que ser seres humanos para sermos cidadãos (EAGLETON, 2005).

É importante considerar que “O sistema jurídico autopoietico é, portanto, um sistema observável, um sistema ativo de observação, consistente na possibilidade de o próprio Direito ser observado por um observador. É um sistema autorreferente no modo de observar a realidade.” (ROCHA, KING e SCHWARTZ , 2009, p.105). Para compreendermos melhor a autopoiese no direito, cabe lembrarmos que “[...] suas normas são derivadas de outras normas, e suas decisões ou se socorrem de suas próprias decisões ou se socorrem das próprias normas.” (ROCHA, KING e SCHWARTZ , 2009, p.105).

A dificuldade de compreensão do meio em que o Direito vive vem de uma cultura extremamente normativista. Diante disso, Eagleton dispõe que: “[...] para que a cultura se eleve acima da Política, esta deve se mover para dentro de uma dimensão ética mais profunda, que transforme os indivíduos em cidadãos apropriadamente responsáveis e de boa índole.” (EAGLETON, 2005, p. 36).

Dessa forma, o papel dos operadores do direito, além de conhecedores da lei, deve ser também de conhecedores da teoria da sua própria ciência, como

profissionais e cidadãos, e, ainda, de posicionarem-se com uma ideia mais aberta e moderna na prevenção e resolução de conflitos, da mesma maneira que deve-se permitir que teorias inovadoras e modernas indiquem o caminho para soluções no Direito e na própria sociedade, tal como a teoria sistêmica e a própria autopoiese no direito.

## 2 ESTRUTURA DA FUNÇÃO NOTARIAL

No entanto, nitidamente percebemos que as pessoas ainda enxergam o Poder Judiciário como única solução, e o juiz como o único que pode resolver seus problemas. Na área de família, não raras vezes, os problemas são mais emocionais do que jurídicos, e que possivelmente poderiam ser resolvidos fora da esfera judicial, por um mediador, por exemplo, com apoio de psicólogo ou pelo próprio tabelião com assistência de advogado das partes. Em uma separação consensual de casal sem filhos menores, onde não há litígio, fica mais fácil alcançar o consenso onde os envolvidos deixam suas mágoas de lado e respeitam a individualidade de cada um e compreendam que nada é estático numa sociedade complexa.

Frente ao Direito como um sistema autopoietico, LYRA ensina que,

[...] face ao processo de modernização da sociedade, forja-se um processo de diferenciação funcional, que se concretiza em uma diferenciação de uma série de subsistemas sociais que cumprem uma só função. Dessarte, o subsistema do direito regula somente o sistema jurídico, estabelecendo comunicações próprias, desligando-se da ética, da moral e da política, que para o sistema do direito só são “ruídos” que “irritam” o direito, mas que, não influenciam, diretamente, na comunicação jurídica. Em uma palavra, é o próprio subsistema jurídico que cria mundos de sentido, fixa seus objetivos e afins, bem como define suas expectativas, determinando, de forma exclusiva, o que é ou não conforme o direito. (LYRA, 2013, p. 277).

De crucial relevância analisar-se a história do notariado do tipo latino e suas características, que tiveram reflexo direto no notariado brasileiro. “[...] a história do notariado e dos registros públicos é muito rica, sendo possível afirmar, como Brandelli, que se confunde com a história do direito e da própria história do direito e da própria sociedade.” (RIBEIRO apud BRANDELLI, 2009, p. 12).

O notariado brasileiro, do tipo latino, traz como característica fundamental a prevenção de litígios. Na atividade notarial, o notário, a partir da fé pública que lhe é delegada pelo Estado, tem a responsabilidade de aplicar o direito com seriedade e responsabilidade, atento aos direitos fundamentais (COMASSETTO, 2009).

A atividade nasce para atender as necessidades sociais de segurança, certeza e estabilidade nas relações jurídicas, ou não, para que houvesse agente confiável que pudesse redigir, instrumentalizar o que fosse manifestado pelas partes contratantes para perpetuar o negócio jurídico, tornando menos penosa a sua prova.

O notário tem a função de interpretar e aplicar o direito para solucionar questões entre as partes, quando existir consenso, tendo em vista a segurança jurídica de seus atos, de forma preventiva, que segundo Menezes “[...] também é necessário lembrar que o foro do notário é extrajudicial e que sua atividade está relacionada à prevenção das partes, para que sejam evitados futuros litígios e conseqüentemente lides ao poder judiciário.” (MENEZES, 2007, p. 64).

Considerando a função da norma na atividade jurídica e na própria função notarial, Lyra explica que:

A norma possui a função de proteger aquele que tem uma expectativa/comportamento conforme a norma, não se constituindo a partir das motivações que levam ao seu cumprimento, porque aí entrariam as questões da causalidade e outros equivalentes funcionais, estranhos ao trato funcional da norma. E a função do direito como instrumento de estabilização das expectativas das normas confere ao direito uma função mais modesta e que implica uma revisão/ou diminuição na sua potência de regulador dos conflitos, revendo a questão da função promocional do direito, já que o direito resolve seu instrumental específico, trazendo o conflito para dentro do sistema do direito. Mais, Luhmann, nesse contexto, bem adverte que o direito não só resolve conflitos, senão que também os produz. (LYRA, 2013, p. 286).

Na atualidade, os serviços extrajudiciais se encontram como mecanismo de destaque para solução de conflitos, de forma alternativa, sem recorrer-se ao poder judiciário.

Frente às vantagens oferecidas pelos serviços notariais e registrais, tais como celeridade, valor acessível, cabe também destacar que os prestadores desses serviços têm responsabilidade sobre os atos por eles praticados, no exercício da

função. Nessa ótica, é fundamental analisar-se a natureza jurídica da função notarial e registral, focando-se na responsabilidade civil desses delegados e sua forma de aplicação. Conseqüentemente, haverá responsabilização do Estado, em decorrência de uma delegação de serviço público.

A atuação do notário visa garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos preventivamente, desobstruindo o Judiciário do acúmulo de processos instaurados no intuito de restabelecer a ordem jurídica do país, e atuando como instrumento de pacificação social. Tem caráter jurídico, cautelar, imparcial, público, técnico e rogatório. Representam tarefas do notário a investigação dos elementos levados pelos particulares para realização de um ato, o seu parecer jurídico acerca de sua concretização, a instrumentalização da vontade das partes, buscando os meios mais adequados e condizentes com o sistema jurídico-normativo e a guarda de documentos, com a intenção de revestir o ato de maior segurança jurídica (BRANDELLI, 2009).

Diante do contexto apresentado, percebe-se que, se tivermos mecanismos céleres para solução de conflitos, mas não eficazes para a sociedade teremos ameaçada a segurança jurídica dos atos notariais. Dentre as correntes majoritárias, hoje defende-se a tese de ser os notários e registradores agentes públicos, por serem agentes delegados de um serviço público, ou seja, particulares em colaboração com o Poder Público.

Nessa ótica, Meirelles ressalta:

Particulares que recebem a incumbência de execução de determinada atividade, obra ou serviço público e o realizam em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo as normas do Estado e sob permanente fiscalização do delegante. Esses agentes não são servidores públicos, nem honoríficos, nem representantes do Estado; todavia, constituem uma categoria à parte de colaboradores do Poder Público. Nessa categoria encontram-se os cessionários e permissionários de obras e serviços públicos, os serventuários de ofícios não estatizados, os leiloeiros, os tradutores e intérpretes públicos, as demais pessoas que recebem delegação para a prática de alguma atividade estatal ou serviço de interesse coletivo. (MEIRELLES, 1997, p. 75).

Entretanto, é fundamental o preenchimento de dois requisitos necessários para a caracterização do agente público, quais sejam eles a investidura em função pública e a natureza pública da função (GASPARINI, 1995, p. 40).

No mesmo sentido, comenta Ceneviva que,

No direito brasileiro, notário e registrador são agentes públicos, considerando-se que o Poder lhes delega funções, subordinados subsidiariamente, em certos casos, a regras colhidas no regime único previsto na Constituição, sem jamais atingirem, porém, a condição de servidores públicos. (CENEVIVA, 2002, p. 30).

O art. 236 da Constituição Federal Brasileira estabelece que: “[...] os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público e submetidos à fiscalização do Poder Judiciário.” (CENEVIVA, 2002 apud BRASIL, 1988).

. E ao mesmo tempo define que “[...] o ingresso na atividade notarial e de registro depende de aprovação em concurso público de provas e títulos.” (CENEVIVA, 2002 apud BRASIL, 1988).

Numa análise da Lei 8.935/1994 (a qual regulamenta o art. 236 da Constituição Federal), entende-se as atividades notariais e registras integrar o direito privado e não mais o direito público, passando estes a serem colaboradores do Poder Público, contratando seus funcionários pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Para tanto, foram mantidos os preceitos administrativos aplicados somente a servidores públicos, deixando evidente sua natureza jurídica híbrida, atípica, sendo que o ingresso para essa atividade se dá exclusivamente por meio de concurso público, o qual é meio próprio para a admissão no serviço público. Sabendo-se que a delegação no serviço público se dá através de licitação e não via concurso, reforça o entendimento da natureza híbrida e atípica, sendo que a Lei 8935/1994 em seu art. 25 versa a respeito à proibição de acumulação do exercício da atividade notarial e de registro com a ocupação de qualquer cargo público (BOLZANI, 2006, p. 70).

Nota-se que, assim, que a atividade exercida pelos notários e registradores é de característica privada em colaboração com o Poder Público, e sua natureza jurídica é híbrida. Afirma-se ainda, que as atividades das serventias são investidas de um caráter de autoridade, concedido pelo Estado, que confere fé pública aos atos ali praticados, caracterizando assim, o traço essencialmente público dos referidos serviços. Esses serviços são prestados pessoalmente pelos notários ou tabeliães ou por seus prepostos, nas serventias voltadas para o atendimento do povo (BOLZANI, 2006, p. 70).

O serviço prestado pelo tabelião tem como característica o trabalho de compatibilizar com a lei, o desejo das partes, transportando para um documento público, dentro das limitações de direito, as quais são aceitas pelos participantes do ato, o qual atua como uma ponte entre a lei e a declaração da vontade das partes interessadas, o que torna a vontade manifesta legal, permitindo que esta produza efeitos jurídicos.

### **3 FUNÇÃO PREVENTIVA DE LITÍGIOS DA ATIVIDADE NOTARIAL**

A organização notarial é responsável por um trabalho de grande valia, de caráter preventivo, desempenhando, portanto, uma função de colaboração com a justiça pátria, à medida em que os atos praticados por estes agentes e, como corolário, geram harmonia e paz social, prevenindo a formação de processos.

Verifica-se pelo exame desta atividade, “[...] bem como a forma como é desenvolvida o seu caráter cooperativo, pois em inúmeros casos os particulares através da função notarial atingem a sua pretensão, não necessitando da atividade jurisdicional para a implementação de seus direitos.” (RIBEIRO, 2009, p. 129).

O notário atua nas situações onde não há litígio, desenvolvendo sua atividade em caráter preventivo, na busca da realização dos direitos dos particulares, vontade das partes. A intermediação notarial se efetua na esfera de prevenção dos conflitos.

Para explicar o significado do mediador, Warat traz o seguinte conceito:

O mediador é um terceiro imparcial sem poder decisório que auxilia na reconstrução simbólica que possibilitará uma eventual resolução realizada pelas partes. É um terceiro neutro, que funciona como um analista das partes, intermediando as suas relações, desempenhando, portanto, papel similar a de um terapeuta. (WARAT, 1998, p. 9).

Importante destacar “[...] que o mediador seja alguém preparado para exercer tais funções e que possua o conhecimento jurídico técnico necessário para o bom desenvolvimento do processo [...]” (MORAIS, 1999, p. 152).

Segundo Comassetto,

O notário, no desenvolvimento do seu trabalho, conversa com os particulares, procurando captar a sua vontade e objetivando encontrar, juntamente com eles, a solução que lhes peçam mais favorável, agindo de forma semelhante a de um mediador. (COMASSETTO, 2002, p. 124).

A função preventiva, acautelatória contribui para a paz social, trazendo segurança jurídica. A sociedade atual é marcada por inúmeras transformações, onde a exigência da vida moderna requer maior celeridade e eficiência. O próprio sistema judicial está em crise, pelo fato de encontrar-se sobrecarregado de demandas que por não envolverem litígios poderiam ser solucionadas por outras organizações, como a própria atividade notarial de caráter preventivo (COMASSETTO, 2002, p. 136). “Portanto, constata-se que o fator de multiplicação de processos contribui para uma justiça mais lenta e ao mesmo tempo ineficaz.” (COMASSETTO, 2002, p. 136).

Essa função do notariado, preventiva de conflitos e auxiliar da justiça é evidenciada apenas nos países que adotam o notariado do tipo latino, pela forma como esta atividade é desempenhada. O mesmo não ocorre em países que não seguem este sistema de notariado, apresentando situação jurídica preocupante.

A atividade notarial, analisada como uma organização deve cumprir sua função social, como integrante do sistema jurídico e social, de modo que não se utilize apenas de subsídios legais, mas também conhecimento teórico acerca da ciência jurídica e social.

Nessa perspectiva o Direito Notarial não pode ser analisado num contexto apenas normativista e positivista. Para Kelsen “[...] a conduta humana disciplinada

por um ordenamento normativo ou é uma ação por esse ordenamento determinada, ou a omissão de tal ação.” (KELSEN, 2003, p. 16). Complementa ainda Kelvin que “[...] num sentido muito amplo, toda a conduta humana que é fixada num ordenamento normativo como pressuposto ou como consequência se pode considerar como autorizada por esse mesmo ordenamento e, neste sentido, como positivamente regulada.” (KELSEN, 2003, p. 17).

Como exemplo do caráter social da função notarial, também pode ser mencionado por Comassetto:

[...] o convênio entre o Estado do Rio Grande do Sul (assumiu a Cohab-liquidação) e o Colégio Notarial e Colégio Registral do Brasil, para a transmissão de escrituras aos mutuários/adquirentes finais dos imóveis da Cohab (Estado) com menor custo e maior facilidade no procedimento. (COMASSETTO, 2009, p. 126-127).

Então, vislumbra-se a atividade notarial inserida no sistema jurídico e no grande sistema social como uma organização auxiliar do poder judiciário, colaborando e desafogando sistema judicial, com papel fundamental de prevenção de conflitos, num sistema autopoietico, contribuindo para a paz social, à medida que seus atos gozam de imparcialidade e segurança jurídica.

Com isso, pode-se afirmar que a função notarial como forma de prevenção de litígios serve como mecanismo para abrandar a própria crise do direito, que se considera atualmente globalizada, e, dessa forma, reduzindo complexidade (COMASSETTO, 2002).

Assim, é possível observar a função notarial no sistema jurídico brasileiro, numa perspectiva sistêmica autopoietica, onde existe a comunicação no próprio sistema jurídico e suas inter-relações, contribuindo para que a função notarial possa alcançar a efetividade numa sociedade complexa, em busca da tão almejada paz social por meio da redução de complexidade.

## CONCLUSÃO

Apesar de o serviço notarial brasileiro ser considerado mecanismo preventivo de litígios, existem dúvidas quanto a sua efetividade, uma vez que o direito notarial é um campo praticamente desconhecido pela própria academia jurídica e pelo público que se utiliza desse serviço. Percebe-se ainda, que quase não há pesquisas e estudos teórico-científicos com profundidade sobre o direito notarial.

A riqueza teórica da teoria sistêmica autopoietica do direito emprestada à análise da função notarial no Brasil enquanto organização, podem gerar bons frutos no futuro. Para tanto, o objetivo final deste estudo é justamente propor a aplicação dessa teoria moderna do Direito à atividade notarial brasileira.

A forma sugerida é demonstrar a possibilidade de construção de uma proposta de aplicação de um modelo sistêmico autopoietico à atividade notarial brasileira, objetivando reduzir complexidade, com base no aperfeiçoamento, efetividade, a responsabilidade e o compromisso da função notarial como auxiliar da justiça no sistema jurídico brasileiro.

A teoria dos sistemas vislumbra o sistema jurídico como um todo, uma vez que trabalha no âmbito aberto e fechado deste sistema ao mesmo tempo, dependendo da necessidade das ações, o que possibilita a inter-relação dos sistemas judiciais e extrajudiciais. A observação e a tomada de decisões será feita a partir da comunicação existente dentro da organização notarial, que está localizada próxima do centro do sistema jurídico, que é o Poder Judiciário.

Nesse sentido, percebe-se que na organização notarial, esta comunicação se faz presente, trabalhando com repetição e diferença ao mesmo. E, portanto, a utilização da teoria dos sistemas e da autopoiese nas atividades notariais apresenta possibilidades de contribuição para redução de complexidade, por meio do aperfeiçoamento e a efetividade dos serviços notariais como uma organização.

## REFERÊNCIAS

BRANDELLI, Leonardo. **Teoria Geral do Direito Notarial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRUM, Alajuiara dos Reis; REX, Andreia Lisangela. Autopoiese e Direito: Breve Reflexão Multicultural. *In*: SANTOS, A. L. C.; DEL'OMO, F. de S. (Orgs.). **Diálogo e Entendimento: direito e multiculturalismo & cidadania e novas formas de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. 2. v.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos Notários e Registradores Comentada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

COMASSETTO, Míriam Saccol. **A Função Notarial Como Forma de Prevenção de Litígios**. Porto Alegre: Norton Editor, 2002.

DIP, Ricardo. **Da Responsabilidade Civil e Penal dos Oficiais Registradores**. *In*: Revista de Direito Imobiliário IRIB. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, n. 53, jul/dez., 2002.

EAGLETON, Terry. **A Idéia de Cultura**. São Paulo: UNESP, 2005.

EMILIASI, Demétrios. **Manual dos Tabeliães**. São Paulo: Vale do Mogi Editora, 2008.

ERPEN, Décio Antônio. **Responsabilidade Civil, Penal e Administrativa dos Notários e Registradores**. São Paulo: IRPDPJ Brasil, 1998.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KINDEL, Augusto Lermen. **Responsabilidade Civil dos Notários e Registradores**. Porto Alegre: Norton Editor, 2007.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

\_\_\_\_\_. **Organización y decisión, Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo**. México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología. Pontificia Universidad Católica de Chile: Anthropos Editorial, 2005.

\_\_\_\_\_. Traduções de: Dalmir Lopes Jr.; Daniele Andréia da Silva Mão e Flávio Elias Riche. **Do Sistema Social à Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Imigração – Criminalização e Subsistema Penal de Exceção**. Curitiba: Juruá, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MENEZES, Régis Cassiano. **A Função Notarial e Segurança Jurídica**. Porto Alegre: Norton Editor, 2007.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição!** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

QUEIROGA, Antônio Elias de. **Responsabilidade Civil e o Novo Código Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. **Regulação da Função Pública Notarial e de Registro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A Verdade Sobre a Autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROCHA, Leonel Severo; AZEVEDO, Guilherme de. Notas para uma teoria da organização da decisão jurídica autopoiética. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)** 4(2): 193-213, julho-dezembro 2012: Unisinos.

\_\_\_\_\_. Normativismo e Construtivismo Sistêmico. *In*: SANTOS, André Leonardo Copetti; DEL'OMO, Florisbal de Souza [Orgs.]. **Diálogo e Entendimento: direito e multiculturalismo & cidadania e novas formas de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

\_\_\_\_\_. Auto-Observação e Teoria Jurídica. *In*: BERTASO, João Martins; GAGLIETTI, Mauro José (Orgs.). **Diálogo e Entendimento: direito e multiculturalismo & cidadania e novas formas de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. 3. v.

TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste. Gulbenkian, 1989.

WARAT, Luis Alberto. **Ecologia, Psicanálise e Mediação**. In: \_\_\_\_\_. Em nome do acordo. A mediação no direito. Buenos Aires: Almed, 1998, p. 05-59.

## A HUMANIZAÇÃO DO SUJEITO SOCIAL A PARTIR DA SAÚDE OCUPACIONAL

Daniele Regina Terribile<sup>1</sup>  
Márcia Adriana Dias Kraemer<sup>2</sup>  
Bianca Tams Diehl<sup>3</sup>

### RESUMO

Ao longo da história, são encontrados diversos relatos sobre o processo de adoecimento do trabalhador causado pelas circunstâncias em que presta seu labor. A análise cronológica de elementos antecedentes permite delimitar o aspecto evolutivo de instrumentos legais de proteção à saúde no trabalho e compreender as dinâmicas que hoje se operam na questão do direito ao bem-estar do trabalhador no seu ambiente de atividades profissionais. As condições de salubridade são caracterizadas pelas diferentes épocas e fases do emprego do trabalho humano. Assim, neste artigo, analisar-se-ão as etapas históricas mundiais de utilização laboral e quais foram suas influências para a busca da garantia do direito à saúde no meio ambiente de trabalho. Nessa perspectiva, a pesquisa tem cunho teórico, qualitativo, com fins explicativos e investigação bibliográfica, fundamentada na doutrina e na legislação. O método de abordagem é dedutivo e o de procedimento é histórico, bem como comparativo. A contribuição alcançada é a de enfatizar, por meio do estudo, a importância que assume o processo de ligação entre o direito à saúde do trabalhador e as condições do meio ambiente no qual presta seu labor.

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direito Público pela UNISINOS. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela IMED/RS. Advogada Trabalhista, com formação pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Coordenadora do Programa de Pós Graduação em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário da FEMA - RS. Professora das matérias de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho, Direito Coletivo do Trabalho, Teoria geral do Direito Privado, Ética, Segurança e Medicina do Trabalho do curso de Direito da FEMA/RS. Professora de Direito do Trabalho do Curso de Especialização em Direito do Trabalho e da Especialização em Direito do Trabalho da UNISC e da UNOCHAPECÓ. Técnica em Segurança do Trabalho com formação pela Universidade de Passo Fundo - UPF.

<sup>2</sup> Doutora em Estudos da Linguagem pela Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR. Graduada e Mestre em Letras pela Universidade Estadual de Maringá – UEM/PR. Coordenadora do Núcleo de Pesquisa, Pós-Graduação e Extensão das Faculdades Integradas Machado de Assis - FEMA. Coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Práticas Pedagógicas para o Ensino Básico - FEMA e docente do Curso de Direito, de Ciências Contábeis e de Gestão de Recursos Humanos da mesma instituição. Membro da Comissão de Vestibular FEMA e do Núcleo Docente Estruturante dos Cursos de Ciências Contábeis e de Gestão de Recursos Humanos - FEMA. marciakraemer@fema.com.br

<sup>3</sup> Doutoranda em Educação nas Ciências pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI). Especialista em Ciências Jurídicas pela Universidade Candido Mendes (UCAM), Graduada pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). Coordenadora do Curso de Direito e Supervisora Acadêmica das Faculdades Integradas Machado de Assis (FEMA). Advogada.

Palavras-chave: história - trabalho – meio ambiente – saúde ocupacional.

### RESUMEM

A lo largo de la historia, se encuentran varios informes sobre el proceso de la enfermedad causada por las circunstancias del empleado em la prestación de su trabajo. Um análisis cronológico de los elementos de fondo permite definir el aspecto evolutivo de los instrumentos jurídicos para la protección de la salud em el trabajo y entender las dinámicas que operan em la cuestión del derecho al bienestar de los trabajadores em sus actividades entorno profesional actual. Las condiciones de salud se caracterizan por las diferentes edades y etapas de la contratación de mano de obra humana. Por lo tanto, este artículo examinará si las etapas de la historia universal de uso laboral a la salud em El entorno laboral. Desde esta perspectiva, la investigación tiene enfoque teórico, cualitativo, com fines explicativos y la investigación bibliográfica, basada em la doctrina de la ley. El método de enfoque es deductivo y el procedimiento es histórico y comparativo. La contribución es de destacar logrado a través del estudio, la importancia de la relación entre el proceso del derecho a la salud y las condiciones ambientales de lós trabajadores em la que presta su trabajo.

Palabras clave: la historia - el trabajo – meio ambiente – salud em el trabajo.

### INTRODUÇÃO

O direito à saúde é passível a todos, tendo sido constitucionalizado em 1988. No entanto, o problema reside justamente na concretização desse direito, em especial, quando se trata do meio ambiente de trabalho.

O completo bem-estar físico e emocional do ser humano está historicamente ligado às variáveis relacionadas ao meio ambiente de trabalho e resulta diretamente do equilíbrio das condições do meio laboral em que está inserido. A salubridade do entorno é fator direto de influência no processo saúde/doença, decorrente das condições em que o labor é prestado.

Muitas foram as penúrias sofridas pelos trabalhadores ao longo do processo histórico, advindas da precariedade das condições propiciadas a eles. Doenças ocupacionais e lesões à integridade física marcam as etapas de higiene, de saúde e de segurança do trabalho.

O direito à saúde não pode ser compreendido de modo restritivo, ou seja, não se restringe tão somente às condições sanitárias fora do local de trabalho. O direito à saúde deve estar presente também no meio ambiente de trabalho. Essa exposição aos agentes agressivos, fruto da necessidade de acompanhar o mercado, demonstra uma compreensão constitucionalizante do direito à saúde no que concerne à relação saúde e trabalho.

Com o intuito de refletir sobre essa problemática, este artigo pretende analisar as etapas históricas mundiais de utilização do trabalho humano, bem como seus efeitos para a garantia do direito à saúde no meio ambiente de trabalho. É um estudo teórico, com tratamento qualitativo dos dados e com fins explicativos. A investigação é subsidiada pela documentação indireta, bibliograficamente, com base na doutrina e na legislação. O método principal de abordagem é o dedutivo e os secundários, histórico e comparativo.

A fim de orientar a leitura produtora, apresentar-se-á, primeiramente, a seção em que se explana sobre o surgimento e a evolução do direito à saúde no ambiente de trabalho e, sequencialmente, a seção em que se apresentam as etapas de utilização do trabalho humano e o que se considera condizente para que se desenvolva a humanização do sujeito de forma social.

## **1 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO AMBIENTE DE TRABALHO**

As primeiras narrações dos efeitos do trabalho na saúde dos trabalhadores são encontradas nos papiros egípcios. Existem também registros de Hipócrates sobre as doenças que acometem os mineiros. Heródoto narra doenças pulmonares em escravos que lidam com mortalhas de cadáveres, diretamente expostos aos agentes biológicos. Ainda, marinheiros, quando em labor, exercem longas travessias e são acometidos por escorbuto pela falta de vitamina C (SAAD, 2009).

Os mineiros e os metalúrgicos, na Alemanha, são os primeiros a receber estudos sobre suas doenças ocupacionais. Em 1556, é publicado postumamente um

tratado sobre mineração (ROSEN, 1994),<sup>4</sup> no qual são mencionados os padecimentos dos mineiros e indicados prevenção e tratamento para as doenças das juntas, pulmões e olhos. Em 1567, na Alemanha, o médico *Paracelso* publica a primeira monografia intitulada *Sobre a tísica dos mineiros e outras doenças das montanhas* (ROSEN, 1994, p. 84).

Em especial, os relatos mais significantes são encontrados na publicação *De morbis Artificum*,<sup>5</sup> publicada em 1700 por Bernardino Ramazzini, que lança as bases para o advento da Medicina do Trabalho (OLIVEIRA, 2010, p. 46). A obra de Ramazzini descreve as várias doenças que acometem os trabalhadores no século XVII.

O autor recomenda que o médico, ao atender um paciente, considere as condições de saúde deste, de forma a perceber se o paciente operário está em condições de praticar sua atividade, ou seja, observa-se que as condições de saúde do trabalhador ainda não são vistas em uma perspectiva de direito à saúde efetivamente, mas consideradas apenas suas condições mínimas para o desenvolvimento de sua atividade laboral (OLIVEIRA, 2010). Ramazzini afirma que

Um médico que atende um doente deve informar-se de muita coisa a seu respeito pelo próprio e pelos seus acompanhantes, segundo o preceito do nosso Divino Preceptor “quando visitares um doente convém perguntar-lhe o que sente, qual a causa, desde quantos dias, se seu ventre funciona e que alimento ingeriu”, são palavras de Hipócrates no seu livro “Das afecções”. A estas interrogações devia-se acrescentar outra: *E que arte exerce?* (RAMAZZINI, 1992, p.16) [grifo nosso].

Essa pergunta que Ramazzini acresce no roteiro da anamnese representa um significativo avanço no serviço médico e para a saúde, pois passa a dar crédito ao conceito de que o trabalho, dependendo das circunstâncias em que for realizado, pode desencadear doenças (RAMAZZINI, 1992). Por isso, o médico deve ir além das perguntas já rotineiras, ou seja, deve preocupar-se com a atividade exercida pelo paciente e em quais condições esta se dá. Essa perspectiva colabora para uma

<sup>4</sup> O tratado *De re mettalica* é de autoria do médico alemão Georgius Agricola (ROSEN, 1994).

<sup>5</sup> Traduzido para o vernáculo com o título *As Doenças dos Trabalhadores*. A publicação de *De morbis Artificum* rende a Bernadino Ramazzini o epíteto de *Pai da Medicina do Trabalho* (OLIVEIRA, 2010).

análise inicial da relação trabalho, saúde e meio ambiente de trabalho. Essa preocupação posteriormente enseja a discussão do direito à saúde no ambiente de trabalho.

Ramazzini traz a preocupação com os riscos e a saúde dos pedreiros, gesseiros e pisoeiros (RAMAZZINI, 1992). Seu estudo volta-se, sobretudo, para os efeitos na saúde de certos agentes de riscos tais como a cal, recomendando como medida de proteção o uso de “[...] lenços colocados sobre o nariz e a boca e óleo de amêndoas doces para neutralizar a efervescência desse produto.” (RAMAZZINI, 1992, p.18).

Já a partir da segunda metade do século XVIII, a pregação do liberalismo político de valorização da livre iniciativa e acentuada concorrência como ideais da Revolução Francesa permitem forte desenvolvimento do capitalismo. Entretanto, em países como França, Grã-Bretanha e, mais tarde, Estados Unidos, Alemanha e Bélgica, a evolução do sistema capitalista ocorre em menor grau, ao mesmo tempo em que propicia à classe trabalhadora uma situação de extrema penúria, sendo o trabalhador visto como uma mercadoria qualquer, destituído de qualquer espécie de proteção, quer corporativa, quer por parte do Estado, que se omite (BRANDÃO, 2009).

Nessa época, são descritas as primeiras preocupações em torno do câncer relacionado ao trabalho. Percival Pott ressalta a presença de câncer de escroto em limpadores de chaminés (REIMBERG, Ano XXIV, p. 36). O estudo que se desenvolve é relacionado ao câncer de pele decorrente de exposição ocupacional no escroto de trabalhadores limpadores de chaminés, após contato direto da pele com fuligem.<sup>6</sup>

As preocupações com o direito à saúde no local de trabalho começam a figurar como importantes na época da Revolução Industrial Inglesa, devido à

---

<sup>6</sup> Mesmo já existindo descrições de preocupação com o câncer ocupacional na segunda metade de século XVIII, o trabalhador mantém-se ainda em situação degradante. Nota-se que esses registros são antigos, mas somente no século XXI, mais especificamente no ano de 2003, temos o primeiro projeto de lei, no Brasil, que normatiza o nexos entre o câncer e as condições de trabalho, considerando o câncer ocupacional. Esse projeto (que hoje é legislação vigente) é um modo de concretizar o direito a ter direito à saúde no local de trabalho (BRANDÃO, 2009).

dramática situação em que se encontram os trabalhadores. Essas preocupações são influenciadas, também, pela presença do risco. Inicialmente, a preocupação é com o fato de a mão de obra adoecer e a sociedade industrial denota essa preocupação.

Durante a Revolução Industrial (momento emblemático para o “surgimento” do risco, ou melhor: momento em que o risco torna-se mais latente), Virchow, um dos mais famosos e influentes médicos da história da Medicina, afirma que o proletariado, em grau crescente, torna-se vítima de doenças e de epidemias: seus filhos ou morrem prematuramente ou se tornam incapacitados.

Diante desse quadro complexo, têm-se o risco sanitário, risco de epidemias, doenças variadas, e o principal: risco de perder/prejudicar a mão de obra que se mostra (quiçá ainda se mostre) como condição de possibilidade de manutenção da sociedade industrial. Surgem esforços na tentativa de regulamentar a higiene das condições de trabalho. Chega-se a mencionar, ao invés de *luta pela saúde*, em *luta pela sobrevivência* (ESTRELA, 1971). A partir dessas manifestações, surge o que se convencionou chamar de movimento ludista e trabalhista, pelos quais se corporifica a reação às precárias condições de trabalho (ARAÚJO, 2010).

É comum o labor extenuante de mulheres e de crianças<sup>7</sup> em condições subumanas em fábricas e minas; o estado deplorável das habitações é mais um componente que se soma aos demais para deixar claro que o “[...] trabalhador estava obrigado a curvar-se ao capital [...]” (ROCHA, 2002, p.58). Mesmo quando manifesta o seu consentimento, submete-se a circunstâncias adversas (JACCARD, 1974; BRANDÃO, 2009).

A Revolução Industrial e toda sua sistemática de produção em série, a qualquer custo, buscando a expansão do lucro, faz com que o homem tente uma injusta competição com as máquinas. Isso é extremamente pertinente para a análise do direito à saúde no ambiente de trabalho: a máquina não adoecer e não necessita de adequadas condições sanitárias para o desempenho de sua função; o homem adoecer, necessita de condições sanitárias mínimas para o desenvolvimento de suas

---

<sup>7</sup> Crianças trabalham na manufatura das 6 horas da manhã às 10 horas da noite (ROCHA, 2002).

atividades laborais. Assim, tem-se a preocupação de cuidar da saúde do trabalhador com o intuito de cunho eminentemente produtivo adversas (JACCARD, 1974; BRANDÃO, 2009).

Ao lado dos lucros crescentes e da expansão capitalista, aumentam paradoxalmente a miséria, o número de doentes e mutilados, de órfãos e de viúvas nos sombrios ambientes de trabalho (OLIVEIRA, 2010). Contando com a sorte e com o instinto de sobrevivência, cabe ao próprio trabalhador zelar pela sua defesa diante do ambiente de trabalho agressivo e perigoso, porque as engrenagens aceleradas e expostas da tecnologia da época estão acima da saúde ou da vida do operário. As lesões e as enfermidades são subprodutos inevitáveis da atividade empresarial e a prevenção é incumbência do próprio trabalhador (OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 1985).

Duas das consequências da Revolução Industrial são o surgimento do proletariado e o crescente aumento do risco na relação trabalho/saúde. A população formada por operários aglutina-se nos centros industriais da Europa e ao redor das fábricas. O proletariado é caracterizado como a grande massa de trabalhadores que vive em condições indignas, submetida a jornadas excessivamente prolongadas, com o agravante da exploração de menores de idade, além do emprego exagerado de mão de obra feminina (BRANDÃO, 2009, p. 44). Nessa época, é comum um operário, depois de trabalhar durante 16 horas, caminhar uma hora para chegar em casa e, no dia seguinte, levantar-se às 3 horas da manhã para chegar a tempo no trabalho.<sup>8</sup> Para Sussekind, Maranhão e Vianna,

[...] o submundo do proletariado na Europa, composto por uma ralé fatigada, sórdida, andrajosa, esgotada pelo trabalho e pela subalimentação; inteiramente afastada das magistraturas do Estado; vivendo em masardas escuras, carecidas dos recursos mais elementares de higiene individual e coletiva; [...] estropeada pelos acidentes sem reparação; abatida pela miséria sem socorro; torturada da desesperança da invalidez e da velhice sem pão, sem abrigo, sem amparo. (SUSSEKIND; MARANHÃO; VIANNA, 1992, p.35).

<sup>8</sup> Dados estatísticos da época indicam que, na França, para cada cem crianças nascidas nas famílias de simples operários, só 27 atingem a idade de 10 anos. Os sobreviventes não passam de 17 ou 20 anos (JACCARD, 1974).

Diante dessa realidade, na Inglaterra, o Estado (no sentido *lato sensu*), em sua única função de “[...] garantir aos particulares ampla liberdade de ação econômica[...]” (VIANA, 1992, p.36), prevalecendo, nas codificações civis, as características da época, pautadas nos princípios do individualismo e do materialismo, a tudo assistia impassível (BRANDÃO, 2009).

No entanto, vagarosamente, surgem movimentos de estudiosos e de trabalhadores em face da realidade de miséria e de adoecimento decorrentes das péssimas condições de trabalho. Em 1802, na Inglaterra, surge a Lei de Saúde e Moral dos aprendizes, considerada a primeira lei de proteção aos trabalhadores que preve a limitação em 12 horas do trabalho diário e vedação do trabalho noturno. Além disso, torna obrigatório ao empregador lavar a fábrica duas vezes por ano e adotar medidas relativas à ventilação no local de trabalho (BRANDÃO, 2009; SUSSEKIND, 2002). Percebe-se, a partir desse período, um significativo avanço na preocupação do direito à saúde do ambiente de trabalho. A partir de então, o emprego do trabalho humano perpassa por algumas expressivas etapas.

## **2 O TRABALHO E O DESENVOLVIMENTO DA HUMANIZAÇÃO DO SUJEITO**

Dentro do contexto mundial evolutivo do direito à saúde no local de trabalho, apresentado até então, faz-se necessário analisar as etapas históricas mundiais de utilização do trabalho humano, quais sejam: *a etapa da Medicina do Trabalho, etapa da saúde ocupacional, etapa da saúde do trabalhador e etapa da qualidade de vida do trabalhador*, bem como quais são as influências dessas etapas para a posterior percepção do direito à saúde no ambiente de trabalho.

Primeiramente, a *etapa da Medicina do Trabalho* é marcada, em 1830, na Inglaterra, pela criação, pioneiramente, em uma indústria têxtil, do serviço de Medicina no Trabalho (NOGUEIRA, 2002). A concepção desse serviço acontece com a introdução do médico no interior das fábricas. Contudo, seu atendimento restringe-se ao trabalhador já adoecido, sem qualquer interferência nos métodos de trabalho, ainda que atue no processo seletivo, de maneira a identificar os mais aptos ao trabalho a ser executado (OLIVEIRA, 2002).

A inovação em dispor um profissional da medicina junto ao local de trabalho apenas objetiva atender a cura, a reparação da doença. Nota-se que a saúde é vista como mera ausência de doença. Está-se diante do paradigma saúde/doença, a pretensão é *curar* e não prevenir. Curar para que o trabalhador retome o trabalho e volte a produzir. Ou seja, de novo se está diante do trato da saúde no ambiente não como um direito, mas, sim, como um mecanismo de controle da produção em si, visto que *empregado doente* não dispõe de todo potencial de produção necessário.

O fato de apenas atender ao trabalhador já doente evidencia que não se tem alguma preocupação e conhecimento sobre prevenção. Não é a antecipação da moléstia o objetivo dessa inovação, mas, sim, diagnosticar e reparar após o dano já causado para que esse trabalhador volte a ser apto ao trabalho.

Esse profissional da saúde também atende o interesse empresarial no momento em que efetua a “triagem”, a seleção do trabalhador mais forte e saudável para a execução das atividades mais penosas. Isso evidencia a ação da medicina voltada ao uso em detrimento do corpo do trabalhador em face das condições do trabalho. Em outras palavras, adota-se a prática de alterar, manejar o perfil do trabalhador conforme a complexidade da atividade.

O objetivo é voltado para a adaptação do homem ao trabalho. Nota-se, pois, que a preocupação com os aspectos sanitários do trabalhador é relacionada às condições específicas de cada indivíduo, em uma perspectiva de *o mais saudável produz mais*, e não ao ambiente de trabalho em si.

Já a *etapa da saúde ocupacional* busca fazer bom emprego do momento da sensibilidade e da procura por maior preocupação com o ser humano gerado pela guerra e direciona os olhares para as condições de trabalho:

É dessa época a realização de pesquisas com a utilização da Engenharia, dando início ao enfoque multidisciplinar na melhoria do ambiente de trabalho. Ao lado disso, os conhecimentos adquiridos durante o Conflito Mundial, voltados para o aperfeiçoamento das armas e sistemas defensivos, utilizando trabalho de profissionais das mais diversas áreas, como Engenharia, Medicina, Psicologia, Fisiologia e Arquitetura, representaram o embrião do que fez surgir, por volta dos anos de 1950, a Ergonomia, cujo principal enfoque era voltado para a adaptação do trabalho ao homem. (BRANDÃO, 2009, p. 58).

O maior progresso da *etapa da Medicina do Trabalho*, se cotejada à *etapa saúde ocupacional*, é, sem sombra de dúvida, a inversão do pensamento da *adaptação do homem ao trabalho para a adaptação do trabalho ao homem*, respectivamente. Não mais se maneja ou seleciona homens conforme a penosidade do trabalho, porém a ideia é buscar melhorar as condições do ambiente de trabalho para adaptá-lo ao homem.

Essa alteração exige o conhecimento de outros profissionais e de outras técnicas. Não mais se pode ficar apenas com o conhecimento médico; há necessidade de multidisciplinar o meio ambiente de trabalho:

Para prevenir os acidentes foi necessária a contribuição dos engenheiros, visando a reforçar a segurança nos processos produtivos para evitar as doenças provocadas pelos agentes danosos, desenvolveu-se a higiene ocupacional. Iniciou-se, assim, o período do enfoque multidisciplinar na melhoria do ambiente de trabalho, na fixação dos limites de tolerância para a exposição aos agentes agressivos e na utilização dos equipamentos de proteção. (OLIVEIRA, 2010, p.54).

A *etapa da medicina do trabalho* é extremamente relevante para o direito recepcionar, após a constitucionalização do direito à saúde em 1988 no Brasil, as condições de saúde no meio ambiente do trabalho como extensão ao direito à saúde na sua forma mais ampliada. A partir da medicina do trabalho, que contemplou a medicina ocupacional, tem-se o reconhecimento de que o meio ambiente de trabalho deve ser adaptado ao homem.

Por volta de 1970, inicia-se a *etapa de saúde do trabalhador*. É marcada pelo ingresso do trabalhador no processo de discussão, não mais aceitando o sistema de monetização do risco e emprestando a sua experiência na identificação das causas. Entra em ação um novo ator para tentar modificar a situação: o trabalhador (OLIVEIRA, 2002).<sup>9</sup> Os trabalhadores, então encorajados pela nova mentalidade. Iniciam movimentos de luta e exigem melhores condições, apontando, eles próprios, o que deve ser mudado. Já não basta mais só minorar a dor; é preciso trabalhar na causa do sofrimento.

<sup>9</sup> Oliveira entende que até a etapa em que predominava o pensamento da saúde ocupacional, o empregado apenas assistia ao desenrolar dos acontecimentos, mas não contava com articulação suficiente para reivindicar, apesar de ser o principal interessado (OLIVEIRA, 2002).

A *etapa da saúde do trabalhador* é, sim, um grande avanço na perspectiva de prevenção às doenças ocupacionais, uma vez que, a partir de então, inicia-se a discussão acerca da prevenção das doenças ocupacionais, que virão, posteriormente, a se refletir na Constituição de 1988 e trarão algumas consequências. Dentre elas, o direito à saúde, *artigo 196*, a sua relação com o *artigo 7º* e os efeitos dessa leitura constitucional no ambiente de trabalho.

A possibilidade de interação e de envolvimento do trabalhador na discussão acerca das causas das doenças, formas de prevenção, melhorias nos modos de produção e análise do ambiente de trabalho permite uma visão preventiva e acentua ainda mais a necessidade de adaptar o ambiente de trabalho ao trabalhador.

As reivindicações têm como suporte a experiência coletiva dos trabalhadores, partindo do efeito concreto dos danos para a posterior análise, o que implica, também, o alcance da visão global do ambiente e não somente do posto de trabalho do operário (OLIVEIRA, 2002). A exigência já não é mais que se paguem os efeitos destruidores do trabalho, mas que o trabalho se organize para ser uma atividade criadora e não destruidora.

Ganham igual importância tanto os problemas - como ritmos e cargas de trabalho, repetitividade e monotonia, turnos e horários -, quanto os ruídos, substâncias químicas, vapores, iluminação (LAURELL; NORIEGA, 1989).

A *etapa da saúde do trabalhador* também é marcada pelo avanço da OIT no tocante à aprovação da Convenção n. 155, que acontece em Conferência Geral, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores. A Convenção n. 155 estabelece conceito amplo de saúde, obrigatoriedade da fixação de uma política de saúde, adaptação dos processos de produção às capacidades físicas e mentais dos trabalhadores, inclusão das questões de segurança, higiene e meio ambiente de trabalho em todos os níveis de ensino.

Por fim, tem-se a *etapa da qualidade de vida do trabalhador*, que se origina no final da década de 1970, com estudos direcionados à melhoria da qualidade de vida no trabalho (OLIVEIRA, 2010). Essa etapa é impulsionada pelo desenvolvimento das modernas técnicas de administração direcionadas à melhoria

do produto e pela constatação de que a satisfação do trabalhador não pode permanecer afastada desse contexto. Define que a qualidade não se reflete apenas na modernização das técnicas de produção, sendo ilusória a visão de que o homem-social pode ser dissociado do homem trabalhador (BRANDÃO, 2009).

A etapa está além daquelas em que se discute a segurança do trabalhador voltada à preservação de sua integridade física. Avança também em relação àquela etapa essencialmente curativa, em que se busca, na medicina do trabalho, unicamente a cura para as moléstias ocupacionais, bem como à etapa em que se focaliza a higiene ocupacional que visa a prevenir as doenças e a garantir a saúde ocupacional.

*A etapa da qualidade de vida do trabalhador avança no conceito de saúde do trabalhador. Isso, por conseguinte, exige do sistema do direito um avanço no tocante ao direito à saúde no trabalho (avanço esse que será percebido na Constituição de 1988). Ela busca a integração deste com o homem, o ser humano dignificado e satisfeito com a sua atividade, que tem vida dentro e fora do ambiente de trabalho, que pretende, enfim, qualidade de vida no sentido amplo (OLIVEIRA, 2010).*

A pretensão de “tutelar” o direito à saúde no ambiente de trabalho está além da necessidade de se promover a saúde do trabalhador. Esse momento focaliza a conexão e a uniformidade entre saúde e qualidade de vida, por meio de um equilíbrio necessário entre o homem e o meio ambiente de trabalho, este consideravelmente valorizado e imperioso para a garantia da interação saúde e qualidade de vida.

A dignidade da pessoa humana é considerada princípio fundamental da Constituição Brasileira de 1988, sendo, portanto, em um Estado Democrático de Direitos, condição suficiente para a efetivação dos direitos, estes amparados ou não pelo Estado. Como a dignidade do homem é um dos princípios norteadores de nossa Constituição, faz-se presente também no campo social. Desse modo, relaciona-se diretamente ao conceito de meio ambiente de trabalho equilibrado. É um ponto de partida mínimo esperado do Estado e dos demais autores envolvidos nos processos produtivos.

A conceituação de dignidade humana dada por Sarlet é de qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade (SARLET, 2001). Implica, nesse sentido, um complexo de direitos e de deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida sustentável. Além disso, propiciam e promovem sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Para Magalhães,

Parece cada vez mais claro que uma sociedade global fundada em valores individualistas; egoístas; competitivos e materialistas, em uma relação de consumo e apropriação de tudo, não pode prosperar muito tempo. Ou mudamos estes valores que hoje sustentam nossas sociedades ou acabamos. (MAGALHÃES, 2011, 168).

O que se percebe, em última análise, é que se não há respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, se as condições mínimas para uma existência digna não são asseguradas, se a intimidade e a identidade do indivíduo são objeto de ingerências indevidas, se a sua igualdade relativamente aos demais não é garantida, bem como se não há limitação do poder, não existirá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta não passará de mero objeto de arbítrio e de injustiças. A concepção do homem-objeto, como visto, constitui justamente a antítese da noção da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2001).

No atual Estado Democrático de Direitos, o valor social do trabalho está disposto como um dos princípios fundamentais da República e é destinatário e merecedor de consideração em sua dignidade. Esse respeito, do qual os remetentes são o Estado e a sociedade, é devido pela sua condição humana. É justamente essa condição que não pode permitir que o trabalhador se transforme em mero *objeto-meio* de produção de bens e de serviços:

A compreensão de NEVES sobre a dignidade do homem remete para os posicionamentos de HOBBS e KANT que a dimensão pessoal da pessoa

humana exige o respeito incondicional de sua dignidade. Dignidade da pessoa a considerar em si e por si, que o mesmo é dizer a respeitar para além e independentemente dos contextos integrantes e das situações sociais em que ela concretamente se insira. O que o homem é em dignidade e valor não se reduz a esses modos de existência comunitária ou social. Será por isso inválido, e inadmissível, o sacrifício desse seu valor e dignidade pessoal a benefício simplesmente da comunidade, do grupo, da classe. Por outras palavras, o sujeito portador do valor absoluto não é a sociedade ou classe, mas o homem pessoal, embora existencial e socialmente em comunidade e na classe. (SARLET, 2001).

Todo o homem possui sua dignidade independente de sua posição social. Tão logo, todo o trabalhador é digno de ter condições humanas no trabalho independente da profissão que exerce. Sua dignidade não pode ser mercantilizada a dado momento econômico ou sistema produtivo implantado. Para Barreto, a dignidade humana situa-se no cerne da luta contra o risco da desumanização, conseqüência do desenvolvimento desemesurado da tecnociência e do mercado (BARRETO, 2010).

As demandas por maior produção no mercado capitalista necessitam estar em harmonia com a humanização da forma como o trabalho é prestado. Para Barreto, contra a dignidade humana, o inimigo não é mais unicamente e exclusivamente o poder do Estado, mas também o próprio produto do conhecimento humano e do sistema produtivo (BARRETO, 2010). A dignidade da pessoa humana implica uma obrigação geral de respeito pela pessoa, traduzida em um feixe de deveres e de direitos correlativos, de natureza não meramente instrumental, mas, sim, relativos a um conjunto de bens indispensáveis ao florescimento humano.

Kant considera que todo o homem tem uma legítima pretensão ao respeito dos seus semelhantes e também ele está ao mesmo obrigado, em termos recíprocos, em relação a cada um deles (KANT, 2000). Esse respeito esperado do semelhante é a condição de vida em harmonia em qualquer local em que o homem se encontre. Quando preterida essa reverência entre eles não há como sustentar condições mínimas salutares de progresso humanitário. O homem não pode utilizar seu semelhante como um mero objeto, desprovido de quaisquer cuidados, para conquistar maiores riquezas.

Se em cada pessoa reside, portanto, a humanidade, que se constitui no objeto de respeito a ser exigido de todos os outros homens, o meio ambiente surge, assim, como uma dimensão da dignidade humana. Dentro do núcleo da garantia da efetividade dos direitos humanos, a dignidade representa “[...] o valor absoluto de cada ser humano, que, não sendo indispensável, é insubstituível.” (LOUREIRO, 1999, p. 280).

A dignidade é o valor de uma tal disposição de espírito e está infinitamente acima de todo o preço que jamais pode ser posta em cálculo ou confronto com qualquer objeto que tem um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade (SARLET, 2001). Considerado como um fim em si mesmo e em função da sua autonomia como ser racional, ao homem, em Kant, não pode ser atribuído valor na concepção de preço, justamente por esse valor ser algo único e ímpar.

Aquilo que constitui a condição só graças à qual qualquer *coisa* pode ter um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é, um preço, mas um valor íntimo, isto é dignidade, moralidade e humanidade como capaz de moralidade, são os únicos que têm dignidade (KANT, 2000). O homem carrega em seu ser a sua dignidade. Todo ser racional, como fim em si mesmo, possui um valor intrínseco, ou seja, a sua dignidade, que consiste no fato de não obedecer a nenhuma lei que não seja também instituída por ele mesmo.

O rol dos direitos fundamentais sofre modificações ao longo da história e continua a se transformar com as mudanças ocorridas na humanidade, sejam de interesses sociais, das classes sociais remetentes desses direitos no poder, progressos e transformações tecnológicas e econômicas. Dentre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, insculpidos na Constituição Federal de 1988, encontram-se os princípios da dignidade humana e dos valores sociais do trabalho.

Ao lado da soberania, da cidadania e do pluralismo político, a dignidade humana e o valor social do trabalho operam como ápices iluminadores de todo o edifício do ordenamento jurídico nacional (OLIVEIRA, 2010). A hierarquia a eles

concedida pelo constituinte destaca-os como a base e o ponto inicial quando apreciados temas relativos à saúde do trabalhador no meio ambiente de trabalho.

O núcleo de proteção ao meio ambiente de trabalho é o trabalho humano. Por sua vez, encontra respaldo na dignidade humana. O meio ambiente de é um poderoso instrumento para o desenvolvimento socioambiental. A busca de qualidade de vida parte também das condições do meio em que o labor é prestado. Por tal razão, o princípio do desenvolvimento sustentável insere-se no meio ambiente de trabalho. O trabalhador tem o direito de exercer sua atividade em um ambiente que lhe possibilite bem-estar e qualidade de vida.

### CONCLUSÃO

A análise do processo histórico de segurança e de saúde no meio ambiente é marco fundamental para o surgimento da normativa preventiva. Assim, direito à saúde no ambiente de trabalho está ligado à humanização da situação laboral. Esse momento focaliza a conexão e a uniformidade entre saúde e qualidade de vida, por meio de um equilíbrio necessário entre o homem e o seu entorno profissional, consideravelmente valorizado e imperioso para a garantia de seu bem-estar.

O direito à vida, o direito à saúde e o trabalho não podem estar em descompasso, pois a entrada de um trabalhador no mercado é a procura por formas de sua sobrevivência e de sua família, aspecto crucial para a manutenção vivencial e das condições mínimas de salubridade.

O acontecimento desse ciclo não pode onerar a saúde, uma vez que esta é razão direta de sua qualidade de vida. Nesse sentido, as organizações internacionais têm manifestado papel relevante de proteção jurídica do trabalho seguro e saudável, tendo como fundamento a dignidade humana do trabalhador. Tal perspectiva demonstra uma compreensão constitucionalizante no que concerne à relação saúde e trabalho, bem como ao desenvolvimento do sujeito social.

### REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A Saúde do Trabalhador como Direito Fundamental** (No Brasil). Ano VI, n. 110, p.85, 2010.

BRANDÃO, Cláudio. **Acidente de Trabalho e responsabilidade Civil do empregador**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009, p 41.

LOUREIRO, J. C. G. O Direito à Identidade Genética do Ser Humano. In: **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. Portugal-Brasil Ano 2000. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 280-281.

ESTRELA, R. A propósito deste livro e de suas traduções. IN: RAMAZINI, B. **As Doenças dos Trabalhadores**. São Paulo: Fundacentro, 1971.

JACCARD, P. **História social do trabalho**. Coleção movimento. Lisboa: Livros Horizonte, 1974, p.113.

KANT, I. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2000.

LAURELL, Asa Cristina; NORIEGA, Mariano. **Processo de produção e saúde: trabalho e desgaste operário**. São Paulo: Hucitec, 1989, p.82.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Capitalismo Guerra e Meio Ambiente. In: **Juris Poiesis**. Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, Ano 15, nº 15, p. 168, 2011.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. El Trabajo en el mundo. Ginebra. 2. v. p.160, 1985. In: OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010, p.49.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010.

RAMAZZINI, Bernardino. As doenças dos trabalhadores. São Paulo: Fundacentro, 1992. In: OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010.

RAMAZZINI, Bernardino. **As doenças dos trabalhadores**. São Paulo: Fundacentro, 1992.

REIMBERG, C. O. Prevenir Sempre. **Revista Proteção**. Ano XXIV, p. 36, mar. 2011.

ROCHA, J. C. S. **Direito Ambiental do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

ROSEN, G. **Uma história de saúde pública**. São Paulo: Hucitec, 1994.

SAAD, E. G. **CLT Comentada**. 42. ed. São Paulo: LTR, 2009.

SARLET, I. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTR, p. 45.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SUSSEKIND, A.; MARANHÃO, D.; VIANNA, S. **Instituições de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 1992.

## **A RESERVA DO POSSÍVEL COMO RECONHECIMENTO DO OUTRO E DE SEU DIREITO NO FUTURO**

João Vítor Magalhães Mousquer<sup>1</sup>

### **RESUMO**

O presente artigo consiste em uma análise da Teoria da Reserva do Possível como garantidora de direitos fundamentais à coletividade. Teoria essa aventada pelo Estado após a fixação da “era dos direitos”. Essa era é resultado da afirmação dos direitos civis, políticos e principalmente, sociais para os cidadãos. Conforme esses cidadãos vão conquistando Direitos, migra o Estado para o Estado Democrático de Direito – com a consagração dos direitos civis e políticos-. Inicia-se por esses direitos e destes haverá a fixação do Estado Social. Estado esse que assumiria o papel de vetor do progresso material e da justiça social, o que redundaria na consagração dos direitos econômicos, sociais e culturais. Tal progresso encontra-se à base e na gênese, portanto, de ambas as formas ou configurações do Estado moderno, a saber, o Estado Social. Contudo, a Reserva do Possível é uma tradução do limite orçamentário do Estado para o provimento de todos os direitos estabelecidos e permitidos. Uma das formas de se evitar um direito, é não reconhecê-lo em um Outro. Logo, quando o Estado deixa de reconhecer o Outro como detentor de direito, necessariamente a Reserva do Possível deixa de ser útil. Diante desse prisma, propõe-se usar a Reserva do Possível como, também, forma de reconhecimento do Outro pelo Estado, objetivando com isso que cidadãos sejam, na medida das suas desigualdades, reconhecidos e atendidos nos seus direitos fundamentais. Esse reconhecimento pode vir através dos ensinamentos de Hegel ao descrever uma forma de reconhecer o Outro juridicamente.

Palavras-chave: Reserva do Possível - Direitos Fundamentais - Estado Social - Reconhecimento do Outro.

### **RESUMEN**

Este artículo es un análisis de la Teoría de la Posible Reserva como garante de los derechos fundamentales a la comunidad. Esta teoría debatida por el estado después de la fijación de los "Derechos Era. " Esta fue la declaración del resultado son los derechos civiles, políticos y sociales, especialmente para los ciudadanos. A

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Unederp-Anhanguera. Especialista em Direito Público pela Universidade Unerdp-Anhanguera. Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI. joao.mousquer@unijui.edu.br

medida que estos ciudadanos están ganando derechos, migra el estado a un estado democrático – la consagración de los derechos civiles y políticos. Comienza a estos derechos y estas serán el escenario del Estado de bienestar. Estado que asumiría el papel de material de vectores de progreso y justicia social, lo que resultaría en la consagración de los derechos económicos, sociales y culturales. Este avance se basa en la génesis y, por tanto, ambas formas o configuraciones del Estado moderno, a saber, el estado de bienestar. Sin embargo, la Reserva es una posible traducción de las limitaciones presupuestarias del Estado para la prestación de todos los derechos establecidos y permitidos. Una forma de evitar un derecho, no lo reconoce en Otro. Por lo tanto, cuando el Estado no reconoce al otro como titular del derecho, de la Reserva necesariamente Posible deja de ser útil. Ante esta perspectiva, se propone la utilización de la Reserva de lo posible, también en el reconocimiento del otro Estado, buscando con ello que los ciudadanos, en la medida de sus desigualdades, reconocido y se ocuparon de sus derechos fundamentales. Este reconocimiento puede venir a través de las enseñanzas de Hegel para describir una forma de reconocer al Otro legalmente.

**Palabras clave:** Reserva Posible – Los Derechos Fundamentales – Estado Social – El Reconocimiento del Otro.

## INTRODUÇÃO

O nascimento do Estado moderno é resultado de uma mudança paradigmática que alterou o contexto vivido em todos os setores: social-econômico-político-jurídico-individual. A pactuação entre Estado e cidadãos - não mais súditos - faz com que esses mesmos passem a gozar de direitos individuais, até então estudados e tidos como naturais, agora devendo ser garantidos pelo próprio Estado.

Para tal, necessário um entendimento do que veio a ser a construção do cidadão/indivíduo, a sua autonomia psíquica-jurídica-social e a sua relação com outros seres humanos, quando decidido por viver em sociedade.

O Estado garantidor não foi um fim em si próprio e o Estado Prestador passou a imperar nas relações sócio-estatais, trazendo a figura dos custos dos direitos para a gestão estatal e seu eventual (sub)desenvolvimento. Com isso, a doutrina alemã inaugurou o questionamento sobre a prestação contínua do Estado e a possibilidade econômica, justificando ser necessário haver um mínimo existencial e uma reserva do possível.

## 1 O ESTADO-NAÇÃO E O RECONHECIMENTO DO OUTRO

A “era dos direitos” inaugurou o Estado-nação. Essa “era” adveio, principalmente da Declaração Francesa e que teve como alicerce a inversão da soberania monárquica do absolutismo pela participação popular, ou seja, a figura do Leviatã passa a figurar em prol do homem e pela descoberta do indivíduo. Essa última descoberta caracterizou e fundamentou a diferenciação entre homem e cidadão.

A rigor, como ensina o professor Luis Fernando Sgarbossa, em paráfrase a Ingo Wolfgang Sarlet, que se baseou no magistério de Antonio Enrique Perez Luño, esses direitos não surgiram no século XVIII na sua totalidade, mas sim, houve uma progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais que podem ser considerados os antecedentes dos direitos fundamentais (SARLET, 2007, p. 49).

Não se conseguirá, perfeitamente, compreender Estado-nação, na modernidade e pós-modernidade, sem a apreensão preliminar do conceito de nacionalismo. E, em acréscimo, ter o entendimento das revoluções e evoluções políticas no decorrer da história. Podemos afirmar que o nacionalismo manifestou-se na Europa no século XIX e início do século XX, constituindo um artifício ideológico para construir um modelo de Estado sobre conceito de nação, compreendida como fundamento de poder.

Pode-se, ainda, compreender que o nacionalismo é um sentimento de pertença de um grupo em relação a uma tradição derivada de uma identidade histórica, geográfica, linguística ou cultural e, ao mesmo tempo, de diferença em relação a outros grupos. Percebe-se que esse foi utilizado como expediente para o projeto político de Estado em que a unidade política seja coincidente com a unidade nacional, no qual o Estado se caracterizasse como a expressão jurídica da nação (SGARBOSSA, 2010, p. 36). Foi à ideologia nacionalista que permitiu “fundar” um Estado-nação, na qual se constitui por uma noção de território, uma afirmação de cidadania, uma atividade jurídica, enfim, uma caracterização de determinada cultura.

Naturalmente, essa delimitação do homem natural em homem nacional promoveu a exclusão. Um homem só é nacional se pertencer a uma Nação, logo ele

não pertencerá a outra e o outro não pertencerá a sua. Uma repulsa, uma objeção se posta diante do Estado na figura do homem cidadão nacional, sendo aquele fomentador ou não. Porém, os direitos naturais gozados e fruídos pelo homem cidadão livre, foram transformados em sociais e posteriormente em fundamentais, o que, socialmente e juridicamente, promoveu uma exclusão, um não reconhecimento.

Nessa realidade, a lei e compromisso social são baseados nesta divisão radical, que separa indivíduos e a entidade coletiva em sujeitos e sujeitados. Daqui, reúne-se o núcleo da cidadania.

Essa exclusão, natural para o Estado e esquizofrênica e paradoxal para o homem, produziu e ainda produz, as lacunas sociais. Com o contrato social estabelecido, leis e sujeitos tornam-se intimamente ligados, sendo aquela usada como definidora social de contingente, ou seja, a naturalidade do reconhecimento e zelo do humano pelo homem somente terá(?) aplicabilidade se houver previsão legal. Os homens são detentores de direitos. Isto é o ápice da humanidade. Contudo, o reconhecimento jurídico, ou o reconhecimento que a normatividade deveria promover, é, por vezes, antagônica a aquilo que as Declarações promoveram para o próprio homem.

Ocorre que o choque entre situações se estabeleceu de tal forma nessa auto fundação e nessa representatividade que o alicerce das Declarações está sob custódia. Essas Cartas promoveram a liberdade e esta é a principal aspiração e conquista da modernidade conquanto subjetivamente o sujeito moderno torna-se livre para decidir o que é bom para si próprio e suas ações não podem ficar restritas à aplicação inquestionável de normas e regras. A consciência e a vontade modernas tornam-se legislativas: sujeitos agora podem examinar as regras por si próprios e podem rejeitá-las e substituí-las (DOUZINAS, 2009, p. 200).

Isso, pelas palavras de Costas Douzinas em análise de Kant reflete a autonomia kantiana, quando o homem moderno torna-se sujeito da lei, em duplo sentido: ele é o legislador, o sujeito que provê a lei e o sujeito jurídico, sujeitado à mesma na condição de que participou de sua legislação. O reconhecimento da implicação da vontade na ação é um movimento tipicamente moderno e distingue a

razão prática da razão pura. Além disso, a proclamação do Eu não apenas como quem provê a lei, mas também como sujeito, assinala a inauguração da concepção moderna de autonomia e autodeterminação.

A existência da identidade própria, do Eu, conseqüentemente, leva ao surgimento do Outro e que, física, política e juridicamente gera dependência mútua. Consciente ou não. A consciência de si, contudo, constitui a unidade de si mesmo no ser (outro) de alguém e é alcançada ao ver a si mesmo no Outro e ao aceitar o Eu como a identidade da identidade e da não identidade (ZIZEK, 1996, p. 09). O sujeito na sua perfeita consciência, necessita e por isso mantém a sua separação deste como essencial à sua existência.

Nesse sentido a consciência de si não apenas nega a divisão entre o Eu e o Outro, mas também a preserva. Contudo esse reconhecimento funciona se for mútuo. Ou seja, o Eu deve ser reconhecido por alguém que este também reconheça como humano-cidadão-nacional. Esse reconhecimento está entrelaçado à aceitação de características de um tipo que na verdade são compatíveis com a sua. Esse reconhecimento muito mais identitário do que humano faz com que haja lacunas sociais e déficit de direitos.

Essa necessidade do outro foi observada por Freud e Lacan na psicanálise (QUINET, 2012, p. 8). O ser humano sente falta e por isso deseja o outro. Não deseja em posse, mas deseja para se ver, se reconhecer ou querer não se reconhecer. Por isso o contratualismo justifica tal conceito, pois o homem é reflexo do contexto, subordinado e ao mesmo tempo livre.

Isso ocorre na pós-modernidade porque o conceito do Outro foi traduzido no conhecimento que o Eu tem deste. Houve a simplificação do Outro – mesmo que seja coletivo – para o meu conhecimento. Ele é reflexo do que o Eu sabe dele e não necessariamente do que o Outro realmente o é. Essa é a tese de Kant. O Eu constitui o mundo com base no meu esquema e nas minhas categorias. Segundo eles, sem isso o Outro está inacessível. Essa visão modificou o “avanço” social, natural, pois o ser que está diante de mim no círculo da reflexão é o meu ser, que foi

tomado equivocadamente por ser como tal. O EU reflete o OUTRO pela bagagem histórica e relativista.

Por isso para Kant o Direito do Outro é na verdade um direito meu. O sujeito promulga uma lei para obedecer, mas para isso idealiza uma comunidade universal de seres similares, quando não idênticos ao ego tanto em razão ou em inclinações. Essa universalização uniformiza a ética. Essa lei universal na verdade é uma lei moral universal, advinda do ego, onde o EU reflete no OUTRO o ego.

Essa visão leva a um separatismo humano. Naquele que eu não consigo refletir o outro, pois eu não o conheço, logo é diferente de mim, eu o afasto. Só tenho perto de mim o que similar a mim é. Aqui se identifica um conflito entre moral, universal e direito, pois a essência desse separatismo é o livre arbítrio, no qual, influenciado inconscientemente pelo meio, o sujeito se moldará.

O certo é que para se ter um direito é necessário reconhecê-lo. Só se reconhece em outro, logo antes de Eu ter um direito, o que, necessariamente o Outro tenha. Como se o direito do Outro precedesse o meu. Esse outro é uma pessoa única, singular. Não é o sujeito abstrato da lei nem o homem do liberalismo. O Outro tem lugar, tempo, gênero, história, necessidades e desejos. Isso em entendimento posto, é o que sobrevive nos direitos humanos hoje. A necessidade do dever moral de salvar e proteger o outro.

A ética da alteridade afirmará que o Outro vem primeiro. Ele é condição de existência da linguagem, do Eu e da Lei. Para a alteridade o Outro não pode ser reduzido ao Eu. Para alteridade o Outro é um “rosto”. O rosto não representa uma presença ausente e não pode, portanto, tornar-se um dado cognitivo. O rosto também não é um semblante. O rosto é símbolo de uma categoria. Logo, para a alteridade: os direitos humanos representam concretizações do direito da outra pessoa e do meu dever, e minha liberdade, antes de se tornar antagônica para outros, é a liberdade da responsabilidade e da fraternidade (DOUZINAS, 2009, p. 310).

Mister a observação de que nessa diapasão histórica-política-jurídica o homem, detentor dos direitos proclamados nas Declarações passou a se conceituar

– até porque com as mesmas ele se auto fundou-, também, em cidadão. Com isso, umbilicalmente uniu-se a humanidade e a política. Logo o reconhecimento do Eu pelo Outro perdeu base essencial no momento em que o homem se tornou cidadão-político-nacional. Fundamentando assim o entendimento de que essa bipartição do humano passou a permitir a exclusão, separação dos humanos pelo homem e pelo Estado.

Na realidade o homem exclui outro humano por não reconhece-lo como tal. Há o início de uma crise de identidade dentro do psíquico do ser na qual o Eu não reconhece o Outro. Esse não reconhecimento, obviamente, sofre influencia das determinações jurídicas e políticas, haja vista que biologicamente um humano reconhece outro, mas juridicamente, o mesmo ser pode – mas não deveria - desconhecer este próximo na sua totalidade, em um perfeito paradoxo. Ao agregar ao direito natural, na abstração natural os elementos da cor, etnia, sexo (...), se decompôs a originalidade e se construiu muros ou abismos entre os humanos.

Talvez, porque pouco a humanidade preocupou-se em conceituar homem, humano. Se descreveu características desses. Se acrescentou condições a esses, sejam elas políticas ou jurídicas, mas sua essência ficou perdida no tempo e no espaço. Sob outro ponto de vista, pode-se denominar esse não reconhecimento em exclusão social.

## **2 O SURGIMENTO DOS DIREITOS DE SEGUNDA GERAÇÃO E SUA EFICÁCIA**

Em apertada síntese, pode-se afirmar que a persistência dos problemas de exclusão social pré-existentes, aliados aos problemas sociais engendrados pelo advento do modo de produção capitalista e pelos avanços da técnica oriundos da Revolução Industrial, assim como as crises originadas de eventos históricos de primeira grandeza, tais quais as duas grandes guerras mundiais e a crise de 1929 foram eventos importantes para que o Estado promulgasse, pela sua

representatividade social a segunda geração dos direitos universais. (NUNES, 2003).<sup>2</sup>

Esses direitos derivados das bases capitais e da economia ou, senão derivados, originados, são, no entendimento de Luis Fernando Sgarbossa os direitos de segunda geração ou dimensão, reconhecidos como direitos econômicos e sociais. Direitos que não são obtidos, inicialmente, por embate contra o Estado, mas sim, direitos garantidos por intermédio do Estado:

Tais direitos, reconhecidos sob a égide do Estado-nação, seja no plano interno, seja no plano internacional, inauguram uma compreensão renovada do papel da pessoa humana: se, por um lado, quanto aos direitos alcinados de primeira geração, o Estado desincumbia-se de seus deveres fundamentais precipuamente através de abstenções, por outro, quanto aos direitos ditos de segunda geração, o Estado cumpre suas obrigações precipuamente através de um agir positivo, de atuação no sentido da concretização dos direitos, seja regulando o mercado – como no caso das intervenções de domínio econômico representadas pela legislação trabalhista, por exemplo-, seja outorgando ele mesmo o direito às prestações sociais – como no caso da previdência social contemporânea, organizada e gerida sob a égide da estatalidade. Tal segunda onda de direitos modifica substancialmente a compreensão dos deveres estatais, alterando a concepção mesma de Estado, que, de Estado de Direito ou Estado Democrático de Direito passa àquela de Estado Social.(SGAROSSA, 2010, p. 42).

Naturalmente as transformações sociais, principalmente as promovidas pelas alterações econômicas serão refletidas no âmbito jurídico. O Direito Público sofrerá, assim como o Constitucional de forma direta qualquer alteração que os elementos acima descritos produzirem, também em reflexo à sociedade.

Portanto, não menos natural, a convivência cidadã tratou de demonstrar que nem todos os iguais perante a Lei gozavam dessa premissa, assim como outras. Até porque, a igualdade legal é muito mais um marco normativo político do que uma realidade, no contexto atual – e assim não poderia ser diferente. É nessa distância entre realidade e normatividade que orbita os Direitos Humanos. Mas essa obrigação estatal em prover igualdades e demais premissas, nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho traduz-se na radicação da ideia da necessidade de

---

<sup>2</sup> Para uma narrativa do processo de transformação do Estado em referência, remate-se a Nunes (2003).

garantir o homem no plano econômico, social, cultural, de forma a alcançar um fundamento existencial-material, humanamente digno, onde o mesmo passou a fazer parte do patrimônio da humanidade, independente da adesão aos postulados marxistas (CANOTILHO, 2003, p. 385).

Marx, por sua vez, afirmava que o homem era um ser social, logo, em entendimento, pode-se vislumbrar, que também para ele, somente com o reconhecimento de um para com outro é que se formaria uma sociedade, nas suas premissas de benesses. Somando-se a esse conceito, traz a luz o preceito estabelecido por Boaventura de Souza Santos que prima por uma necessidade de gestão econômica pública além de reclamar pela complexidade sempre crescente da economia de matriz capitalista.

Resulta dizer que uma segunda transformação foi o reconhecimento político das externalidades sociais do desenvolvimento capitalista – a politização de algumas dimensões da questão social (SOUZA SANTOS, 2005, p.148). Contudo, se para que haja igualdade entre os homens, por exemplo, é necessária a observação das matrizes de capitais, e com isso tem-se, novamente, a limitação do homem dentro de uma nação, o que, como já sabemos, leva a exclusão de outro homem. Homem enquanto espécie e não gênero.

Na atualidade os direitos fundamentais são considerados, por um lado, como direitos subjetivos do indivíduo e, por outro lado, como elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade. Desse modo, no primeiro plano, os direitos fundamentais constituem direitos subjetivos fundadores de status, os direitos fundamentais dos direitos básicos jurídico-constitucionais do particular, como homem e como cidadão (HESSE, 2008, p. 228).

Porém, ao momento em que tais direitos passam a ingressar o rol daqueles que constitucionalmente são previstos e dispostos (ou deveriam ser), há uma abrangência maior do meio possibilitatório em que o Estado é agente. Isto resulta numa adaptação do Estado para com a situação, visto que tais novos direitos possuem estruturas diferentes dos seus derivantes.

Esse advento de novos direitos fundamentais acaba por evidenciar os aspectos prestacionais e a necessária postura predominantemente ativa do Estado para a efetivação dos direitos. Significa, nos ensinamentos de Konrad Hesse que as tarefas do Estado não mais se esgotam na proteção, conservação, só ocasionalmente, intervenção. O Estado da Lei Fundamental é Estado que planifica, guia, presta, distribui, possibilita primeiro a vida individual como social e isso é posto para ele, pela fórmula do estado de direito social, por causa da Constituição, como tarefa.

José Canotilho, na sua constante lucidez diz que tal índole, como por exemplo direito ao trabalho, a uma remuneração adequada ou o direito à habitação são, todavia, de estrutura totalmente diferentes como aquela os direitos fundamentais clássicos. Eles não se deixam realizar já por ele serem organizados, respeitados e protegidos, senão pedem ações estatais para a realização do programa social contido neles, que requerem regularmente um tornar-se ativo não só do legislador, mas também da Administração.

Em resumo, são esses direitos que asseguram aos cidadãos, em sentido estrito, a obtenção de algo através do Estado – saúde, educação, segurança social, etc-. É exatamente tal diferença crucial entre os direitos fundamentais em geral e os direitos fundamentais sociais e sua relação de tensão para com o princípio democrático e para com a liberdade de conformação do legislador e do administrador que levarão à crise de inefetividade das disposições jusfundamentais sociais, a qual se encontra, em última análise, na reserva do possível. Além de garantir o Estado também passa a ser prestacional.

### **3 A PRESTAÇÃO DE DIREITOS COMO FATOR DE DESENVOLVIMENTO ESTATAL**

Nessa seara, importante destacar que, em áreas diversas e esta não seria diferente, países periféricos – principalmente ex-colônias europeias – são acometidos pelo mal crônico do desenvolvimento retardado, fruto dos mais diversos

fatores. Nesses países, é consenso o saber de que o Estado Social jamais foi plenamente implementado.

Prova disso é a pontuação do Brasil perante o coeficiente de Gini<sup>3</sup>, sendo-a de 0,59. Índice esse capaz de ficar atrás de países como Colômbia, México, Uruguai no quesito igualdade. Ou ainda na classificação do Brasil no Índice de Desenvolvimento Humano, promovido e divulgado pela ONU, na qual este país se mantém entre 83º e 86º entre as nações. Ou seja, o Brasil é um dos países mais desiguais do mundo. Contudo, a preocupação maior deve se ater ao fato de que o país é desigual de forma estável, ou seja, durante toda a sua história houve e se manteve a desigualdade.

Conforme nos ensina Fábio Nusdeo, em observação de Luis F. Sgarbasso, em termos de desenvolvimento é irrelevante o tamanho absoluto da economia de um país, estando o subdesenvolvimento caracterizado, dentro outros fatores, por indicadores tais quais baixa renda per capita, grande desigualdade na distribuição de renda, taxas de natalidade e mortalidade elevadas, preponderância do setor primário da economia na composição da renda, baixos padrões médios de consumo e qualidade de vida (instrução saneamento, adequação alimentar) dentro outros fatores (NUSDEO *apud* SGARBOSSA, 2010, p.143).

Independentemente da razão, seja ela por atraso industrial, déficit financeiro, carência de condições filosófico-político e sociais, nosso Estado (gênero) não conseguiu implementar na completude o Estado Social. Talvez por ser um Estado fruto de uma cópia ideológica, sem que houvesse tido uma revolução social para tal. Revolução não no sentido bélico, mas no sentido de ajustamento, enquadramento e

---

<sup>3</sup> O Coeficiente de Gini é uma medida de desigualdade desenvolvida pelo estatístico italiano Corrado Gini, e publicada no documento "*Variabilità e mutabilità*" ("*Variabilidade e mutabilidade*" em italiano), em 1912. É comumente utilizada para calcular a desigualdade de distribuição de renda, mas pode ser usada para qualquer distribuição. Ele consiste em um número entre 0 e 1, onde 0 corresponde à completa igualdade de renda (onde todos têm a mesma renda) e 1 corresponde à completa desigualdade (onde uma pessoa tem toda a renda, e as demais nada têm). O índice de Gini é o coeficiente expresso em pontos percentuais (é igual ao coeficiente multiplicado por 100). Enquanto o coeficiente de Gini é majoritariamente usado para mensurar a desigualdade de renda, pode ser também usado para mensurar a desigualdade de riqueza. Esse uso requer que ninguém tenha uma riqueza líquida negativa.

formação social. Cópia de um sistema externo, perfeitamente justo, mas fruto de uma demanda social histórica contemporânea local que foi universalizada apenas no seu resultado e não na sua materialização.

Tal contexto, no momento atual, ainda sofre com o agravamento da situação em virtude do atingimento da hegemonia neoliberal nos países latino-americanos subdesenvolvidos, bem como pelo enfraquecimento dos Estados nacionais em virtude da globalização econômica e da dependência internacional.

Mais uma vez, fazendo valer dos ensinamentos de Boaventura de Souza Santos é de se constatar que a relativa perda do protagonismo do Estado, sendo embora um fenômeno generalizado, tem implicações muito diferentes conforme se trate de Estados do centro da semiperiferia ou da periferia do sistema mundial. Num contexto de crescente desigualdade entre Norte e Sul, os Estados periféricos e semiperiféricos – ao cumprimento das determinações do capital financeiro e industrial transnacional, determinações, por sua vez, estabelecidas pelas organizações internacionais controladas pelos Estados centrais.

Essas determinações, frequentemente apresentadas em combinações estranhas de liberalismo econômico e de proteção dos direitos humanos, abalam a tal ponto a já de si frágil componente social do Estado, que esses países assumem a ideia da crise do Estado-Província sem nunca terem usufruído verdadeiramente deste.

Novamente se percebe que não basta uma Carta Magna para que direitos sejam concedidos, garantidos, ou ainda, prestados. É necessária uma estruturação Estatal por completa, não apenas a utopia de que a universalização de direitos promoverão o melhor viver social.

Esta situação, também agravada pelos reveses da ideologia e dos programas neoliberais e a fragilização advinda da globalização econômica neoliberal, o que representa o arrefecimento de uma atuação já tímida no sentido da implementação dos direitos sociais e o desmantelamento das conquistas já consolidadas, pode ser denominada de pré contratualismo que é a consistência de um processo de exclusão preliminar, consistência em bloqueio do acesso à cidadania em relação a

grupos sociais que a ela ensaiavam e que tinham expectativa de a ela aceder. Pode, também, serem descritos como situação de direitos sociais natimortos, pois nunca estiveram inteiramente implementado.

#### **4 A RESERVA DO POSSÍVEL COMO FATOR DECISIVO SÓCIO-ESTATAL**

Em continuidade, naturalmente, a sociedade demanda por esses direitos de forma gradativa, conforme suas certezas de que são sujeitos que possuem esse direito. Diante de tal, as Ações, que se baseiam na Carta Cidadã e na ventilação de que o Estado deve garantir acesso aos mesmos crescem e demonstram os números dessa necessidade. Inúmeras teorias de garantismo foram fixadas e postas aos operadores do direito. Uma delas é a teoria, já exaustivamente debatida na nossa Suprema Corte, da reserva do possível.

Contudo esta é bem mais antiga do que sua suposta origem jurisprudencial alemã. Pode-se afirmar, baseado em dados históricos, que este instituto já estava sendo observado, mas sob outra leitura, desde o século VI, sendo registrada nos anais do II Concílio de Tours, na qual, observava-se que a orientação dada as pequenas comunidades era de que deveriam cuidar de seus pobres no limite da sua necessidade. Mas há uma certa boa vontade nesse visão ao se fazer uma analogia à Reserva do Possível. Porém é possível afirmar que desde que a economia, administração e direito passaram a integrar a gestão do Estado, a disponibilidade de recursos já faz parte do pensamento que condiciona o direito à proteção social.

A reserva do possível possui como origem a discussão acerca da efetivação de direitos sociais prestacionais. Em síntese apertada, é a discussão, possível por ambas as partes, acerca do custeio de direitos fundamentais e a previsão financeira para custear esses mesmos. Sabido é que o Estado, seja sob qual forma e condição for, planeja seus gastos, assim como planeja sua arrecadação.

Possui uma economia e uma administração voltada para o melhor gasto e a melhor arrecadação. Sendo esse Estado obrigado a prestar determinados direitos aos seus cidadãos, cabe àquele que promova uma gestão capaz de suprir essa demanda, sem prejudicar demais ramos do Estado. É um ramo do direito que

discute, em seu mérito, o acesso a direitos sociais, como a educação e a saúde e políticas públicas de cunho social.

O óbice disto é que estamos versando sobre uma administração imprecisa. Imprecisa não pela qualidade, mas pela vinculação de prever o futuro para planejar os gastos baseada em uma arrecadação advinda do presente. Trata-se de uma gestão para com números incertos no futuro e arrecadação determinada no presente.

Porém, mesmo que possa parecer um truísmo, é relevante ressaltar que a reserva do possível é matéria que versará sobre direitos sociais pleiteados junto a Fazenda Pública, ou seja o Estado.

Quanto ao mérito, de se observar, ainda, as oportunidades em que a reserva do possível foi fundamento para denegação de direitos sociais e as oportunidades em que foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Mencionando as Cortes, importante relatar o mais célebre caso em que a Suprema Corte enfrentou o tema da reserva do possível. Tratou-se da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de número 45, relatada pelo Ministro Celso de Mello e julgada no ano de 2004.

Tal ação foi iniciada pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB-tendo como objeto o veto presidencial a dispositivo da Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO cujo teor era no sentido de que seriam consideradas como ações e serviços de saúde “a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzindo os encargos previdenciários da união, os serviços da dívida e a parcela das despesas do ministério financiada com recursos do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

A ação discutia que o veto presidencial acarretaria na redução dos recursos a serem efetivamente aplicados em ações e serviços públicos de saúde, em contrassenso ao disposto pelo artigo 198, § 2º da Constituição Federal. Tal contenda versou sobre a possibilidade/legitimação da intervenção judicial no que se refere a implementação de políticas públicas efetivadoras de direitos econômicos, sociais,

culturais, em face da liberdade de conformação do legislador. Traduz pela questão dos custos dos direitos e da escassez de recursos.

No resultado dessa Ação a Suprema Corte perfilhou o entendimento no sentido da inoponibilidade do arbítrio estatal em face a direitos constitucionalmente consagrados, afirmando a relatividade da liberdade de conformação do legislador e esoposando entendimento no sentido da necessária preservação do mínimo existencial dos indivíduos:

[...] a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização financeiro subordinando às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar, e de inviabilizar o estabelecimento e a prestação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. (...) a cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivando aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido essencial de fundamentalidade. (...) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da reserva do possível, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerando o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente de qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. (ADPF 45/DF, publicada no Diário da Justiça da União, Seção 1, nº 84, terça-feira, 4 de maio de 2004, p. 13.)

Percebe-se do quanto o julgado da Corte Suprema recepcionou a reserva do possível, admitindo seu cabimento ao menos em tese, ressalvando apenas ser

inadmissível sua alegação infundada ou a utilização das receitas públicas para furta-se o administrador do cumprimento de suas obrigações constitucionais.

Em resultado corrente das nossas Supremas Cortes, pode-se perceber que a Teoria da Reserva do Possível não é aplicável em matéria de preservação dos direitos à vida e à saúde, justamente por entender que ambos são bens máximos e impossíveis de ter sua proteção postergada. A Reserva do Possível é, simploriamente, um sinônimo da reserva de orçamento.

A Reserva do Possível, também, é expressamente concebida como o limite imposto pela razoabilidade, como aquilo que o indivíduo pode racionalmente esperar da sociedade, fórmula esta presente literalmente naqueles precedentes e repetida na doutrina germânica pelos mais variados autores, como Robert Alexy e Konrad Hesse.

Contudo, pode-se observar, em possível aparência a transposição do conceito de reserva do possível implicou sua mutação, de modo que esse sentido originário restou marginalizado na doutrina, recaindo a ênfase significativamente na escassez de recursos e na questão de custos dos direitos, características esta que vem dando a tônica do debate nacional acerca do construto.

De uma exigência essencial por razoabilidade e proporcional nas prestações postuladas do Estado Social, sempre no âmbito da dicotomia indivíduo-sociedade, levadas em consideração as circunstâncias históricas, jurídicas, políticas, filosóficas e socioeconômicas concretas, passou-se a compreender a reserva do possível ora como limitação fática aos direitos fundamentais, ou seja, como a limitação imposta ao exercício dos direitos sociais com base na escassez real ou econômica; ora como limitação jurídica, vale dizer, como a limitação imposta ao exercício dos direitos sociais com base na escassez ficta, ou legal, ora como a limitação imposta ao exercício dos direitos sociais com base na ausência de razoabilidade ou proporcionalidade de pretensão, e, ainda, por vezes como todos estes aspectos, conjuntamente, ou alguns deles, combinadamente (SARLET, 2008, p.30).

Neste segmento, importante trazer a baila a discussão sobre o custo dos direitos. Pois, se o Direito é a ciência do dever-ser, parece intuitivo que o domínio de

suas regras seja o poder-ser. A leitura econômica do Direito, desenvolvida nos Estados Unidos da América, traz a tona a observação da quantificação, ou seja, se os recursos são escassos, se deve indagar, para além das questões relativa a quem atender e dos prognósticos de cura, acerca de uma possível maximização dos resultados, exemplificando com uma quantificação – numero de vidas salvos por cada mil reais gastos.

Sob essa premissa, continua Gustavo Amaral:

Após explorar argumentos tais quais a polissemia e a indeterminação semântica da expressão direito, necessário se faz citar Norberto Bobbio, quando este descreve que os direitos são *sine die*, que por sua vez decorrem das normas programáticas da Constituição, uma vez que tais normas não ordenam, proibem ou permitem *hic et nunc*, mas ordenam, proibem e permitem num futuro indefinido, e sem prazo de carência claramente delimitado. (AMARAL, 2011, p. 51).

Naturalmente há uma finitude ontológica dos recursos materiais. Talvez na mesma proporção haja uma infinitude de necessidades. Nesse diapasão superficial, pode-se entender que dedicar larga parcela, por exemplo, de fundos públicos à moradia popular equivale a dar um tratamento diferencial aos pobres, levando a um entendimento de que há favorecimento a estes em detrimento de outros. Com a certeza de que há fim nos recursos, abre-se oportunidade para não vincular a obrigação em prestar algo simplesmente por estar na lei. Assim o sendo, pela finitude já dita, nem todos serão atendidos. A questão essencial do tema, parecer ser a vinculação a escassez pela naturalidade dos recursos ou pela má gestão.

No contexto da má gestão, para Flávio Galdino há uma injusta alocação de recursos escassos na sociedade brasileira e um enorme agir do Poder Judiciário nos gastos públicos (GALDINO, 2005). Em uma metáfora, deveria haver uma balança (sempre a balança quando se trata de direitos) onde a racionalidade econômica deva contrabalancear a racionalidade jurídica. Isso, dentro do modelo atual do Brasil não existe, justamente pela falta de racionalidade social, naquilo que o já citado Boaventura de Souza Santos revolução cultural social. Socialmente há o entendimento de que alguns direitos são gratuitos.

Como o Estado passou a adotar modelos econômicos cada vez mais universais e menos regionais, o ordenamento jurídico, logo seu conceito e sua aplicabilidade, não detiveram mesma sorte. Deste modo, raras são às vezes, senão inexistentes, as decisões judiciais que consideram os efeitos econômicos.

Sob este aspecto, tomar os direitos a sério significa tomar a sério a escassez dos referidos recursos públicos, de modo que os custos dos direitos devem influir na sua conceituação, notadamente no que se refere a direitos subjetivos públicos. Em primeiro lugar, tais direitos não podem ser considerados absolutos. Afirma-se peremptoriamente: nada que custa dinheiro é absoluto.

Não é possível formular uma definição de direito abstraído da realidade concreta, ou seja, das condições de cada tempo e lugar – daí falarmos nós em conceito pragmático. Assim, o tempo e o espaço, juntamente com os condicionantes econômicos e financeiros deveriam definir o que é direito. Todavia, os custos dos direitos não devem ser considerados simples óbices à concretização dos direitos, mas devem ser compreendidos, como constitutivos de direitos.

Para Galdino, em virtude da inclusão da expressão *eficiência* no artigo 37, *caput*, da Constituição da República de 1988, levada a cabo pela Emenda Constitucional nº 19/98, resta promovida a eficiência a fator da legitimação da Administração Pública, e não somente, como imposição constitucional a todo o sistema jurídico e a todos os operadores do direito (GALDINO, 2010).

Mas, aproveitando a vinculação à eficiência, logo a boa ou má-gestão, entende-se que se deve voltar ao tema da escassez para se debater de forma mais concreta.

A escassez, em um conceito econômico, pode ser definida como a situação que se caracteriza quando a máxima produção potencial de um bem não se encontra em grau suficiente para satisfazer todas as necessidades na medida em que os recursos disponíveis são ilimitados. A escassez, portanto, na economia, é qualificadora dos bens econômicos e pré-condição dos preços.

Pode a escassez ser dividida, caracterizada. E numa dessas, se apresenta como real, econômica, ficta e jurídica. Pela primeira, entende ser decorrente da

efetiva inexistência concreta do recurso. Já a segunda é compreendida com a escassez decorrente da indisponibilidade jurídica, isto é, em virtude de norma jurídica que determine pontual alocação dos recursos em detrimento de outras.

A despeito de todo o apelo ao realismo feito pela doutrina dos custos dos direitos, de se notar que a mesma se baseia, em regra, em uma escassez do tipo ficcional, qual seja, aquela engendrada pela peça orçamentária. A escassez aqui denominada ficta ou jurídica enquadra-se no tipo intitulado por John Elster escassez artificial e apresenta-se na possibilidade de poder o Estado, por uma decisão política, suprir a demanda (SGARBOSSA, 2010, p. 220).

Portanto essa escassez consiste, essencialmente, na indisponibilidade jurídica, paralela a inexistência econômica. Pode ser uma escassez temporária, ou seja, momentânea e por tal artificial. Perfeitamente a é superável. Trata de alocação de recursos economicamente existentes em determinados setores implicando o não atendimento de outras necessidades, por uma decisão disjuntiva do órgão ou agente com competência em matéria alocativa, seja ele qual for. Geralmente é essa escassez arguida pelo Estado para não adimplir com os direitos fundamentais.

Em outras palavras, a compreensão da escassez ficta como base à reserva do possível traz problemas no que concerne à pretensa autoevidência e racionalidade irrefutável da reserva do possível, aproximando-o de teorias mais antigas e amplamente discutidas e seriamente contestadas e muitas, na atualidade, a caminho do esquecimento ou já em pleno desuso, haja vista sua insustentabilidade.

Leva em consideração, como óbice à exigibilidade dos direitos a alocação decidida pelos órgãos competentes – escassez ficta – notadamente pelo legislador e pelo administrador público, remete, necessariamente, em primeiro lugar, à teoria de separação dos poderes, à teoria da soberania do legislador e à doutrina das questões políticas.

A soberania do legislador, também conhecida como soberania orçamentária do legislador se insere na conceituação da reserva do possível, na qual vinculam a existência a uma dependência da intervenção legislativa e administrativa. Assim, os

direitos econômicos e sociais existem, portanto sob a reserva do possível ou da soberania orçamentária do legislador, ou seja, da reserva da lei instituidora das políticas públicas, da reserva da lei orçamentária e do empenho por parte da Administração.

Nesse sentido, o temor fica vinculado a um erro material do legislador quando este não prever na formulação da lei todos as necessidades existentes, assim como possibilidade orçamentária. Dentro desse temor, a literatura jurídica mais atualizada tem considerado perfeitamente possível a correção da alocação de recursos orçamentários pelo Poder Judiciário sempre que estes ostentem caráter arbitrário ou não traduzam as prioridades constitucionalmente consagradas. Considerar, ainda, a escassez ficta ou jurídica como sendo apta a sustentar a inexigibilidade dos direitos fundamentais sociais implica uma aproximação ou mesmo uma identificação da reserva do possível da teoria das normas programáticas<sup>4</sup> e da doutrina das normas constitucionais de eficácia limitada.

Naturalmente sabe-se que o direito provido pelo Estado, na sua efetivação e desde que essa onere o mesmo – todos os direitos irão onerar – possuem sua dependência de existência vinculadas aos recursos públicos que, por sua vez, dependem da arrecadação tributária.

De todo o aduzido por escassez econômica e escassez jurídica, acredita-se que a reserva do possível, quando alegada com base em limitações jurídicas, como lei orçamentária, configura-se como restrição a direitos fundamentais. Essa alegação de ausência de disponibilidade jurídica-financeiro sobre recursos existentes, seja por força de lei orçamentária, seja em virtude de dispositivo legal que imponha padrões de austeridade fiscal, caracteriza uma situação em que a decisão alocativa consubstanciada no diploma legal implica restrição a direitos fundamentais sociais,

---

<sup>4</sup> No fundo normas programáticas, sob um determinado aspecto, nem são normas jurídicas verdadeiras e próprias, porque o programa que elas traçam está destinado a ser atuado pelo legislador quando as circunstâncias oferecem esta possibilidade; assim que, definitivamente, embora o valor ético e político do empenho seja inegável, a atuação concreta é deixada ao futuro legislador, que poderia também não cuidá-la absolutamente, ou fazê-lo em mínima parte, e que, em todo caso, não violaria a Constituição se não o fizesse.

sendo interpretada, portanto, a partir de tal ponto de vista, como restritiva de tais direitos fundamentais.

Arguir tal limitação cerceando os direitos fundamentais é matéria combatida pelo princípio da proibição do excesso, que nas palavras do constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho significa que, antes considerado um subprincípio densificador do Estado de direito democrático, agora este, no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, que qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida) (CANOTILHO, 2003, p. 457). Pode-se entender a partir desse ensinamento, que toda e qualquer limitação legal que promova restrição de algum direito, deverá ser proporcional à necessidade.

Sob esses ditames também se assenta o princípio da proporcionalidade, quando se observa seu tríplice aspecto: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Esse, sob a inteligência de Robert Alexy se traduz como:

O princípio ou máxima da proporcionalidade guarda estreita relação com a questão das possibilidades fáticas e jurídicas de cumprimento de normas constitucionais consubstanciadas em princípios. O princípio da adequação e da necessidade encontram-se vinculados com as possibilidades fáticas, ao passo que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito vincula-se às possibilidades jurídicas. (ALEXY. 2005, p. 112).

Porém, não se deve deixar de observar que os ensinamentos do professor Canotilho, demonstram que no ordenamento jurídico há uma clausula de proibição de retrocesso. Esta, para aquele, está que uma vez concretizada as normas constitucionais instituidoras fundamentais, seja através de outorgas de prestações, de políticas públicas ou da criação de instituições, por desenvolvimento legislativo, não seria possível sua supressão sem compensação.

O princípio da proibição social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas ("lei do serviço de saúde") deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem criação de outros

esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial.

Com isso, também está demonstrado a garantia a segurança, que em normativamente taxada é denominada segurança jurídica. Mas se vai além, pois também se pode vislumbrar neste princípio uma garantia mais ampla, que alcança situações não protegidas pelas vedações ortodoxas da irretroatividade de leis mais gravosas ou de disposições que garantem o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Ingo Wolfgang Sarlet, retratando lições de Luís Roberto Barroso, José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, consiga que o desenvolvimento legislativo no sentido de um mandamento constitucional acarreta a incorporação do avanço de sua supressão, de modo que o direito prestacional, uma vez desenvolvido legislativamente, resta acobertado por uma dimensão negativa, com caráter de direito de defesa, oponível contra o estado quando este pretenda contra ele atentar.

Portanto, a alegação pelo Estado para a não prestação de direitos fundamentais sob guarita da reserva do possível desmancha-se pelos dedos. Mesmo que a escassez seja algo latente, e cada vez mais observável e sentida, os direitos fundamentais postos em Cartas Magnas devem ser, em política econômica, antevisto pelos administradores para que sejam fornecidos dentro da proporção orçamentária. Não é porque não foi orçado que não se deve prestar tais direitos.

Neste paradigma importante é a observação do mínimo existencial.<sup>5</sup> *A priori* é de se saber se os direitos econômicos, sociais e culturais exigem a garantia de um núcleo essencial como condição de mínimo de existência. Das várias normas sociais, econômicas e culturais possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante, na qual os está consagrado na Carta Magna, em seu tão citado artigo

---

<sup>5</sup> Embora a construção do Mínimo existencial, em sua compreensão atual, remonte à teoria jusplubicista e a decisões alemãs do Século XX, conforme se verá, existe um protótipo da ideia, aproximado ao conceito contemporâneo de mínimo vital, no Speenhamland Parliament Act britânico, de 1775, que consagrou o direito de todo trabalhador a um mínimo vital, para si e para sua família, conforme ensina Robert Holcman: “Uma decisão do Parlamento reconheceu o direito de todo trabalhador a uma “renda de subsistência” dependente do preço do trigo e do número de seus filhos, obrigando assim as comunas a outorgar um complemento de renda a todos aqueles que não ganhavam tal mínimo.” (HOLCMAN apud SARLET, 2010. p.19).

5º, quando afirma os direitos sociais taxativamente. Logo, todos têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais e estando o Estado faltando com a prestação, dever-se-á considerar o mesmo como atentador das obrigações jurídicos-sociais constitucional e internacionalmente impostas.

Destaca-se, com isso, que um patamar mínimo de direitos fundamentais sociais e econômicos constitui condição de possibilidade da fruição de outros direitos, inclusive de direitos clássicos de liberdade ou defesa.

Porém, o mínimo existencial é algo incolor, pois pouco, se há, delimitação do que se considera ou o que compõem esse mínimo. É significativo que se comece hoje a considerar o que constituiria um núcleo fundamental de direitos econômicos, sociais e culturais. Há os que, com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, argumentam que tal núcleo seria constituído pelos direitos ao trabalho, à saúde e a educação. Em recentes reuniões internacionais de peritos também se tem referido, como possíveis componentes daquele núcleo, os chamados “direitos de subsistência” (direito à alimentação, direito à moradia, direito aos cuidados médicos, direito a educação).

Por outro lado, em força contrária ao entendimento acima exposto, Ingo Sarlet sustenta a impossibilidade de uma pré-definição fechada e apriorística de seu conteúdo, defendendo sua variabilidade no tempo e no espaço e mesmo com relação a diferentes direitos fundamentais sociais. Nessa contextualização é importante a compreensão da distinção entre o mínimo vital ou fisiológico – aquilo que é imprescindível à vida em termos biológicos – e mínimo existencial, consistente na assecuração de um mínimo de inserção do indivíduo, em tendencial igualdade, na vida social.

Assim, a própria fundamentação no princípio da dignidade da pessoa humana, dignidade essa que possui uma inequívoca dimensão sociocultural, exige que, além de não se definir aprioristicamente o conteúdo do Mínimo Existencial, não se reduza este último ao mínimo vital, eis que a mera existência digna.

Com isso, sacramenta Scarlet:

Se a indeterminação do conteúdo do Mínimo Existencial constitui, por um lado, um problema teórico, por outro é exatamente tal indeterminação, diretamente relacionada à dimensão sociocultural da ideia de vida digna, que permite sua adaptação adequada às variações das necessidades no tempo, no espaço e em função das características peculiares pessoais ou de cada núcleo familiar. De outro, se o conteúdo do mínimo existencial e os níveis de satisfação das necessidades que integram tal mínimo permanecem problemáticos, existem necessidades que fundamentam direitos que inegavelmente inserem-se dentro do conceito de mínimo existencial e, simultaneamente, fazem parte do mínimo vital ou fisiológico, como direito a alimentação. (SARLET, 2010, p. 45).

Com isso, o meio termo parece a melhor solução, permitindo que a indeterminação seja sempre relativa, sendo superável em virtude da natureza dos direitos em questão ou ainda de circunstâncias históricas e sociais concretas, permanecendo, portanto, hígido o construto de mínimo existencial para a finalidade de salvaguardar o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais.

Importante salientar que a ideia de que tanto o mínimo existencial quanto o conexo princípio da dignidade humana constituem, a despeito de seu conteúdo relativamente indeterminado – mas determinável por ocasião da análise dos casos concretos – barreiras às restrições aos direitos fundamentais, de modo que medidas comissivas ou omissivas – estas últimas marcadamente importantes no âmbito de direitos sociais prestacionais – da estabilidade que violem o mínimo existencial ou a dignidade da pessoa humana restam inquinadas de inconstitucionalidade.

Por fim, pode-se afirmar que o mínimo existencial desempenha um papel análogo ao legitimamente desempenhado pela reserva do possível, no âmbito do estado social constitucionalizado, mas em sentido oposto. A se ver: por um lado a reserva do possível representa em suma conformação original um limite máximo ou teto para o Estado social, excluindo pretensões exageradas e irrazoáveis, conforme já visto, por outro lado, o mínimo existencial desempenha o papel de um patamar mínimo ou piso para o Estado Social, excluindo a omissão estatal que comprometa a existência digna da pessoa.

Sob a ótica do direito hegeliano, a primordial função dos direitos é permitir que o reconhecimento seja estabelecido, possibilitando a constituição de uma personalidade em sua completude. A subjetividade passa pelo reconhecimento

mútuo o Outro, e os direitos são um instrumento intermediário necessário e indispensável nesse processo. Naturalmente os direitos são intersubjetivos, já que não podem ser atributos de uma existência atomizada.

O reconhecimento do Outro pelo Eu, também permeia o Estado quando este reconhece juridicamente o cidadão. Não se está travando um embate entre o contrato social ou os ideias liberalistas. Mas, tenta-se, demonstrar que o próprio Estado cega-se para determinada parcela da sociedade, excluindo esse da vida digna. Não havendo o reconhecimento natural pela sociedade entre os indivíduos, politicamente o Estado pode agir para “reconhecer” essa parcela através da reserva do possível, destinando parte das receitas para a promoção de direitos fundamentais.

Essa relação jurídica resultante desse reconhecimento Estatal, pressupõem uma moralidade universalista que compoe o pano de fundo da lei e assegura que as pessoas sejam tratadas como fins e não meios. Em segundo lugar, o reconhecimento do outro como pessoa jurídica é o efeito do fato de que ele desfruta de autonomia e responsabilidade morais e possui direitos legais. Este tipo de reconhecimento é tipicamente chamado de respeito (à dignidade). Finalmente, o reconhecimento jurídico conduz ao respeito próprio. O respeito próprio é o resultado da percepção de que eu também sou capaz de uma ação moral e que, como outros, sou um fim em mim mesmo.

Todavia, dentro das observações de Hegel, para que haja esse reconhecimento, é necessário haver a configuração da cidadania. Essa por sua vez, nada mais é do que o exercício dos direitos políticos e a ativa associação nas atividades da comunidade. O ato de reconhecer o ser como cidadão traz a política a centralidade e insere a comunidade no núcleo da subjetividade. Significa dizer, que ao ser reconhecido pela Reserva do Possível, esta estará promovendo uma política pública social em face do capital. Douzinas expõe as concepções de hegelianas-marxistas de que os direitos humanos – aqui os reconhecidos e promovidos pela Reserva do Possível – podem ser apresentados como naturais e eternos, mas são altamente históricos e contingentes. Podem ser declarados acima da política, mas

são a construção de relações políticas e da luta contínua por reconhecimento (do grupo ou individual).

Entretanto, a ideologia de Hegel - pressupõe um sistema jurídico universalista sob o qual as pessoas estendem seu respeito um ao outro por serem sujeitos jurídicos cientes das leis e de outras normas que criam e protegem os direitos. Além disso, relações jurídicas promovem o respeito próprio: o reconhecimento de que o Eu é moralmente autônomo e tem a capacidade de adquirir os mesmos direitos e deveres de todos os outros. Tais pressupostos e efeitos do reconhecimento jurídico ou da posse de direitos existem apenas em uma comunidade que tem legislado para todos só funciona sob essas condições e efeitos. Novamente, o reconhecimento por parte do Estado através de políticas públicas que asseguram a efetivação de direitos pela Reserva do Possível trata de uma garantia jurídico-estatal para o ser, enquanto sujeito político e jurídico.

Esse reconhecimento estatal pode ser considerado, também, a observação de uma característica dos Direitos Humanos, qual seja: a extensão dos direitos a novos grupos e a sua ampliação.

Ao haver reconhecimento, naturalmente haverá a supressão da opressão. Opressão como uma negação do autodesenvolvimento adquire inúmeras formas, passando pela marginalização até a exploração econômica. Esse reconhecimento mútuo também é resultado dos cidadãos como agentes autodeterminantes decorrente da livre participação no processo democrático de tomada de decisões e da sua ampliação da política para outras áreas da vida social:

A contínua ampliação do número de detentores de direitos políticos e a expansão da lógica da participação pública e política para áreas e atividades até agora privadas auxilia-nos a compreender a relação entre cidadania e universalidade. Cada ampliação (ou redução) dos direitos políticos aumenta (ou diminui) a definição institucional de um determinado governo; ela literalmente move as fronteiras da sociedade para frente e para trás. A ideia de uma entidade política, de um espaço social incorporado, simbolizado por Deus, por um rei, por um soberano ou pela lei, é desmantelada toda vez que um grupo maior ou menos que antes é admitida a novos direitos e procedimentos participatórios. (DOUZINAS, 2009, p. 295).

Em conclusão, tanto pela exposição da Reserva do Possível e pelo reconhecimento do outro, também por Hegel, pode-se afirmar que os direitos humanos representam expressões de luta e por reconhecimento entre os cidadãos, luta essa que pressupõe e constrói a comunidade política. A ideia de reconhecimento mutuo não foi considerada na teoria dos direitos, mas está implícita na ação dos direitos e nas novas reivindicações de direitos. Muitos aspectos do reconhecimento adquirem a forma dos direitos e todos os direitos são, nesse sentido, políticos, eles estendem a lógica do acesso público e da tomada de decisões e partes cada vez maiores da vida social.

Em que pese a prestação de direitos pelo Estado - direitos humanos atuais-, entende-se que, a opção da Assembleia Geral das Nações Unidas de produzir dois Pactos, sendo o primeiro regulatório da matéria de direitos civis e políticos e o segundo versando sobre direitos sociais, econômicos e políticos, além de ser uma pequena disputa de força entre os Estados Capitalistas e os Socialistas pós-guerra, deveu-se, também, ao entendimento de que os primeiros direitos eram auto aplicáveis, ou seja, versavam sobre direitos baratos, sendo passível de cobrança imediata, enquanto que os segundos eram programáticos e demandavam realização progressiva, ou seja, versavam sobre direitos de alto custo. Tanto é que, como resultado, o Pacto regratório dos primeiros direitos obteve fiscalização e controle mais efetivos para sua implementação do que os segundos direitos do segundo pacto.

## CONCLUSÃO

Não se consegue olvidar mais da função estatal enquanto este na figura moderna da sua existência. Também se observa que o Estado, seja em qual espaço geográfico se encontra, é um reflexo automático dos seus cidadãos.

O reconhecimento ou de um ser humano não pode mais ser tratado como algo natural, mesmo que justificável por ciências, uma vez que os direitos humanos, postos como fundamentais ou não - pois isso depende da formação jurídica de cada

Estado - são a metafísica da modernidade e compõem a ética universal para um reconhecimento e um desfrute melhor de direitos.

Para tal, o desenvolvimento do Estado está intimamente ligada a garantia e prestação de direitos fundamentais por parte deste. A figura do mínimo existencial e da reserva do possível é totalmente válida enquanto táticas de administração que objetivam configurar o Estado como equânime perante seus cidadãos. Contudo, não se pode descontextualizar tal tática, usando-a, usualmente ao contrário, para deixar de prestar esses mesmos direitos.

Com isso, tentou-se figurar o cidadão perante o Estado e esse perante aquele, para que o desenvolvimento de um refletisse, proporcionalmente, no desenvolvimento de outro.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, G. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ALEXY, R. **Teoria da Argumentação jurídica**. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

BAUMAN, Z. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DOUZINAS, C. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

GALDINO, F. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**. Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2005.

HESSE, K. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

NASIO, J. D. **Cinco Lições sobre a Teoria de Jacques Lacan**. Rio de Janeiro: Zahar, 1993.

NETO, D. F. M. **Direito, Poder e Estado**. São Paulo: Fórum, 2011.

NUNES, A. J. A. N. **A crise atual do capitalismo: capital financeiro, neoliberalismo, globalização.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUNES, A. J. A. **Neoliberalismo e direitos humanos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 01-08.

PADUA, J. A. **Desenvolvimento, justiça e meio ambiente.** Belo Horizonte: UFMG, 2009.

PAULA, A. P. P. **A administração pública brasileira entre o gerencialismo e a gestão social.** Belo Horizonte: CEPEAD-UFMG, 2005.

QUINET, A. **Os Outros em Lacan.** Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

SANTOS, B. S. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática: A crítica da razão indolente contra o desperdício da experiência.** 1. v. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

\_\_\_\_\_ (Org.). **Semear outras soluções. Os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SARLET, I. W. (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SAULE JUNIOR, N. (Org). **Direito Urbanístico: vias jurídicas das políticas urbanas.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

SCARBOSSA, L.F. **Crítica à Teoria dos Custos do Direito.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2010.

STIGLITZ, J. E. **Globalização: a grande desilusão.** Lisboa: Terramar, 2002.

ZIZEK, S. (Org.). **Um Mapa da Ideologia.** Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

## A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE

Patrícia Walker<sup>1</sup>  
Letícia Lassen Petersen<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente artigo tem como objetivo abordar os principais aspectos da teoria da perda de uma chance, especialmente no que se refere a sua aplicação na seara da responsabilidade civil do advogado. Tal abordagem é feita por meio de três eixos, os quais analisam, respectivamente, a fundamentação teórica da responsabilidade civil pela perda de uma chance, a responsabilidade civil do profissional da advocacia pela perda de uma chance. Primeiramente o texto se destina à compreensão da teoria da perda de uma chance, por meio da sistematização de um estudo histórico e conceitual, que passa pela análise do instituto da responsabilidade civil. Após é abordada a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance, pontuando-se as principais hipóteses em que o profissional pode ser condenado a indenizar o cliente que tem ceifada a oportunidade de obter alguma vantagem ou evitar determinado prejuízo, em face de atitudes de seu procurador. Ainda, são abordadas as divergências doutrinárias atinentes à quantificação da indenização pela perda de uma chance.

**Palavras-chave:** responsabilidade civil – advogado – perda – chance.

### RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo abordar los principales aspectos de la teoría de la pérdida de una oportunidad, sobre todo en lo relativo a su aplicación en la cosecha de la responsabilidad del abogado. Este enfoque se realiza a través de tres ejes, que analizan, respectivamente, la base teórica de la responsabilidad por la pérdida de una oportunidad, la responsabilidad civil de la defensa profesional por la pérdida de una oportunidad. En primer lugar el texto está dirigido a la comprensión de la teoría de la pérdida de una oportunidad, a través de la sistematización de un estudio histórico y conceptual, que es una evaluación de la institución de la responsabilidad civil. Después se dirige a abogado de responsabilidad civil por la pérdida de una oportunidad, la puntuación es de los principales supuestos en los

<sup>1</sup> FEMA (Fundação Educacional Machado de Assis), Santa Rosa, Brasil. Egressa do curso de Direito. Contato: <patriciawalker@tj.rs.gov.br>

<sup>2</sup> UNISC (Universidade de Santa Cruz do Sul), FEMA (Fundação Educacional Machado de Assis), Ijuí, Brasil. Pedagoga (UNIJUI), Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (UNIJUI), Especialista em Direito Civil (UNESUL), Mestre em Desenvolvimento Regional (UNISC) e Doutoranda em Desenvolvimento Regional (UNISC). Professora do curso de Direito FEMA. Assessora da Procuradoria do Estado.

que el profesional puede ser pedida a indemnizar al cliente que ha cosechado la oportunidad de obtener alguna ventaja o evitar una pérdida inevitable de cara a las actitudes su abogado. Aún así, se ocupa de las diferencias doctrinales relativos a la cuantificación de los daños y perjuicios por la pérdida de una oportunidad.

Palabras clave: responsabilidad civiles – abogado – pérdida – oportunidad.

## INTRODUÇÃO

Este artigo tem por escopo analisar a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance, sofrida pelo seu cliente, em virtude de ações ou omissões praticadas pelo causídico. Assim, articula-se a discussão através de registros históricos do instituto, posicionamento doutrinário e jurisprudencial, a fim de propor uma sistematização sobre o tema.

A responsabilidade civil é um tema relativamente novo no direito pátrio e que ainda carece de regulamentação precisa. Notadamente com relação à responsabilidade civil pela perda de uma chance, que é originária de uma teoria Francesa do final do século XIX, não há nenhuma previsão legal.

Ademais, não obstante haver provocação judicial acerca da temática, a teoria da perda de uma chance ainda não recebeu do legislador, da doutrina e jurisprudência a atenção devida, principalmente se comparada com outros países que, além de apresentarem um maior número de precedentes, também realizaram profundos debates sobre o assunto. (PETEFFI DA SILVA, 2009, p. 14).

O direito brasileiro abarca duas modalidades de reparação civil, quais sejam, os danos morais e os danos materiais, estes últimos divididos em danos emergentes e lucros cessantes. A responsabilidade civil pela perda de uma chance é apontada, por parte da doutrina, como um terceiro gênero de indenização que não se enquadra entre o dano emergente e nem entre os lucros cessantes. (VENOSA, 2009, p. 1).

A maior casuística, quando se trata de aplicação da teoria da perda de uma chance, no direito brasileiro, trata de hipóteses de responsabilidade civil do advogado. Assim o presente artigo tem por intuito analisar as hipóteses de cabimento da condenação do advogado ao pagamento de indenização pela perda de uma chance.

## 1 RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

Desde os primórdios a humanidade tem se preocupado em responsabilizar os culpados pelos danos causados a terceiros, não importando a natureza destes. Os registros históricos sistematizam o período da Pena de Talião, pela qual valia a regra do “olho por olho, dente por dente”. Depois, passou-se à fase da autocomposição e, posteriormente, já com a presença do Estado centralizador das penas, ao período da responsabilidade decorrente da culpa (GONÇALVES, 2009, p. 06).

Com a revolução industrial, novas demandas foram surgindo, fazendo com que a jurisprudência tivesse que mudar seus conceitos, a fim de abarcar essa mutação social e reparar uma gama maior de danos sofridos. A discussão da responsabilidade civil objetiva foi uma temática inevitável, decorrente do risco que a atividade exercida pode causar a terceiros, com a finalidade de manter a paz social e tornar indene o prejuízo. Este foi um marco da mudança conceitual na responsabilidade civil: se passou da era da “culpa” para a da “reparação de danos”.

Contudo, a responsabilidade objetiva não foi suficiente para reparar todas as espécies de danos, visto que permanecia a existência de situações da vida cotidiana, em que um sujeito sofria com o ato ofensivo de outrem e, em função deste, via-se privado da oportunidade de obter uma determinada vantagem ou de evitar um prejuízo (SILVA, 2009). Nesse ponto, surge a responsabilidade pela perda de uma chance.

### 1.1 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance é apenas uma das diversas espécies de responsabilidade civil. Decorre da evolução do instituto jurídico, a fim de melhor amparar os anseios da sociedade contemporânea. Assim, para a análise da perda de uma chance, indispensável o estudo do instituto da responsabilidade civil.

A responsabilidade civil é um ramo do direito obrigacional que “[...] se ocupa das obrigações surgidas pela quebra de um dever preexistente, tanto de origem

negocial quanto extra negocial.” (SILVA, 2009, p. 1). É obrigação derivada (dever jurídico sucessivo), oriunda da quebra de um dever jurídico originário. É a responsabilidade que surge do ato danoso daquele que, violando norma jurídica preexistente, legal ou contratual, tem a obrigação de reparar o dano daí advindo (GAGLIANO, 2009).

O instituto em tela “[...] é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso.” (VENOSA, 2009, p. 1). Toda a atividade humana, causadora de prejuízos, pode originar o dever de indenizar, sendo que o estudo do instituto abrange todo o conjunto de normas e princípios que regem a obrigação de indenizar. Nesse sentido é o entendimento de Gonçalves:

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil. (GONÇALVES, 2009, p. 01).

Acerca do significado jurídico da reparação dos danos, há que se pontuar que

Reparar o dano, qualquer que seja sua natureza, significa indenizar, *tornar indene* o prejuízo. *Indene* é o que se mostra íntegro, perfeito, incólume. O ideal é que a reparação de dano seja feita de molde que a situação anterior seja reconstituída [...] (VENOSA, 2009, p. 288).

Verifica-se, diante deste breve apanhado sobre o conceito de responsabilidade civil e reparação de danos, que a responsabilidade civil não decorre somente da prática de ato ilícito, mas também da violação de dever contratual, razão pela qual merece análise as suas modalidades: contratual e extracontratual.

### **1.1.1 Responsabilidade Civil Contratual e Extracontratual**

A legislação atual contempla duas modalidades de responsabilidade civil: a contratual e a extracontratual, dependendo da natureza da norma jurídica violada

pelo causador do dano. A responsabilidade civil contratual decorre do descumprimento de um contrato preestabelecido, respondendo o devedor por perdas e danos, conforme dispõe o artigo 389<sup>3</sup> do Código Civil, 2002. Tal modalidade de responsabilidade civil “[...] cuida do inadimplemento de contratos e outros negócios jurídicos.” (VENOSA, 2009, p. 5). Na responsabilidade civil contratual,

O prejuízo deflui do inadimplemento de um compromisso contratual. O descumprimento de um dever contratual é o fator humano mais decisivo na provocação de danos. É a obrigação o liame jurídico entre dois ou mais sujeitos, que tem por objeto uma prestação determinada. O credor sofre um prejuízo com o proceder da outra parte, que desrespeita o conteúdo da obrigação. (RIZARDO, 2009, p. 19).

A responsabilidade civil extracontratual decorre da aplicação do artigo 186<sup>4</sup>, cumulado com o artigo 927<sup>5</sup>, do Código Civil-2002. Verifica-se que a legislação corrobora que esta modalidade de responsabilidade civil, também chamada de aquiliana “[...] decorre diretamente da violação de um mandamento legal, por força da atuação ilícita do agente infrator.” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2009, p. 16-17). Ou seja, é o caso de desrespeito à lei e demais normas que orientam a conduta humana, com fundamento na culpa aquiliana.

É possível traçar duas diferenças básicas entre a responsabilidade civil contratual e a extracontratual: na primeira, o agente descumpre o que foi pactuado, tornando-se inadimplente frente ao outro contratante, enquanto que, na segunda, o causador do dano infringe um dever legal, não havendo nenhum vínculo jurídico prévio entre este e a vítima do ilícito. Assim, verifica-se a ocorrência de dois tipos básicos de responsabilidade civil - contratual e extracontratual -, as quais, a bem da verdade, apresentam soluções idênticas, pois os pressupostos para sua

<sup>3</sup> Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado (BRASIL, 2002).

<sup>4</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (BRASIL, 2002).

<sup>5</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (BRASIL, 2002).

configuração são, em essência, o dano, o ato ilícito e o nexo de causalidade (GONÇALVES, 2009, p. 26-27).

### 1.1.2 Pressupostos da Responsabilidade Civil

A clareza dos pressupostos da responsabilidade civil se faz necessária para aplicabilidade do instituto aos casos concretos. É a análise dos pressupostos que viabiliza aos operadores da norma o enquadramento do fato à lei (Gonçalves, 2009, p. 35). O artigo 186 do Código Civil consagra no direito brasileiro a regra de que todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a lhe reparar. Tal dispositivo traz, ainda, os 4 (quatro) elementos essenciais da responsabilidade civil, quais sejam: ação ou omissão, culpa do agente, relação de causalidade e dano.

Rizado, ao abordar os elementos essenciais que configuram a responsabilização civil, sistematiza os seguintes requisitos:

- a) A ação ou omissão do agente, investindo contra alguém, ou deixando de atuar, ferindo seu direito ou o patrimônio. Opera-se por ato próprio essa ação ou omissão, com a atuação direta do agente, que ataca uma pessoa, ou destrói seus bens, ou investe contra sua honra, ou descumpre uma obrigação de proteção; ou por ato de terceiros(...).
- b) Que a conduta ou omissão de conduta do agente seja culposa, e que se expanda pela violação de um dever jurídico de observar ou de não transgredir uma regra. Essa conduta ou omissão se manifesta de forma voluntária, e, então, caracteriza-se o dolo; ou de forma não-voluntária, importando na culpa propriamente dita. Assim colhe-se do seguinte texto do art. 186 (art. 159 do Código revogado): "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia".
- c) O nexo causal, revelado na relação entre a violação da norma e o dano. O desrespeito ao dever traz o prejuízo, vindo este elemento no verbo 'causar' que está no mesmo dispositivo acima. Não se perfectibiliza a responsabilidade se o resultado negativo não decorre daquela violação específica da norma. (...)
- d) O dano ou resultado negativo que atinge a pessoa ou seu patrimônio, e que se encontra nas seguintes expressões do citado preceito 'violar direito' ou 'causar dano a outrem', bastando uma das alternativas. Se, embora verificada a violação de um dever jurídico, e configurada a culpa ou dolo, não surgir qualquer prejuízo, nenhuma indenização é devida [...]. (RIZADO, 2009, p. 36).

Há hipóteses em que não são necessárias a presença de todos requisitos: caso da responsabilidade objetiva. Nela podem ser suprimido o requisito do dolo ou

culpa, de modo que, mesmo sem intenção ou culpa, o agente pode acabar respondendo pelos danos causados. Neste ínterim, acima da discussão que envolve a necessidade ou não da ocorrência de dolo ou culpa para a configuração da responsabilidade civil, está o resultado da conduta praticada pelo agente. Pois, ainda que tenha ocorrido a violação da norma, a culpa, e até mesmo o dolo, nos casos em que não se verificar a ocorrência de prejuízo não haverá o dever de indenizar.

### **1.1.3 Apanhado Histórico e Evolução da Responsabilidade Civil**

Inicialmente reconhecida pelos Tribunais Franceses e, depois, em diversos sistemas jurídicos, o instituto da responsabilidade civil veio ao encontro dos interesses do capitalismo. Gonçalves menciona que, nos primórdios da humanidade, por ainda não imperar o Direito, o que existia era a vingança privada, como reação imediata ao dano, sem regras ou medidas (GONÇALVES, 2009, p. 6). Após a consolidação do Estado Moderno de Direito, teorias civis que discutissem a reparação dos danos foram ganhando espaço, pela própria expressão dos interesses capitalista que o atravessam.

Ao longo da história, a humanidade passou a se utilizar da composição, pois os prejudicados perceberam que a compensação econômica dos danos era mais vantajosa e conveniente do que a vingança. Em um estágio mais avançado, já com a presença de um Estado soberano, foi vedado às vítimas fazer justiça com suas próprias mãos, de modo que a composição econômica deixou de ser voluntária e passou a ser obrigatória, com uma grande desvantagem, que era a tarifação das penas, pela qual para cada delito era fixado um valor monetário, a ser pago pelo ofensor (GONÇALVES, 2009, p. 7).

O Direito Romano foi o responsável pela distinção entre penas e reparação, de acordo com o caráter da ofensa: público ou privado. Da ofensa à ordem pública decorria a pena, consistente no pagamento de determinado valor ao erário ou na imposição de castigos, que poderia implicar até mesmo na morte do agente. Por seu

turno, as ofensas de caráter econômico praticadas entre cidadãos ensejavam a reparação (RIZARDO, 2009, p. 34). Ainda do Direito Romano, surgiu a Lei Aquiliana, que, segundo Venosa,

É o divisor de águas da responsabilidade civil. Esse diploma, de uso restrito a princípio, atinge dimensão ampla na época de Justiniano, como remédio jurídico de caráter geral; como considera o ato ilícito uma figura autônoma, surge, desse modo, a moderna concepção da responsabilidade extracontratual. O sistema romano de responsabilidade extrai da interpretação da *Lex Aquilia* o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados, independentemente de relação obrigacional preexistente. Funda-se aí a origem da responsabilidade extracontratual fundada na culpa. (VENOSA, 2009, p. 17).

A Lei Aquiliana teve como marco a substituição de multas fixas por penas proporcionais ao dano causado. Ela regulava os casos de destruição ou deterioração do bem alheio por ato que atingisse coisa corpórea ou incorpórea, sem justa causa (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 11). Esta modalidade de responsabilidade civil foi aprimorada pelo Direito Francês, pelo Código Civil de Napoleão, que inseriu a ideia da culpa, ainda que levíssima, como elemento básico da responsabilidade civil, para obrigar o autor do fato a indenizar. A noção de culpa abordada nesta legislação influenciou diversos diplomas, inclusive o Código Civil Brasileiro de 1916, que se filiou à teoria subjetiva. Contudo, a teoria clássica da culpa não foi suficiente às necessidades da vida em sociedade.

Com o avanço industrial, as injustiças sociais perpetraram-se, impondo a necessidade de se atenuar males oriundos da exploração econômica do próprio sistema capitalista. Este cenário favoreceu o surgimento da teoria da responsabilidade civil objetiva (RIZARDO, 2009, p. 34). Tal teoria, representou um grande avanço em relação à reparação civil de danos, ocorrida entre os séculos XIX e XX, a medida que superou a ideia de que a responsabilidade derivava da culpa. Foi a partir da teoria objetiva, que passou-se a dar maior atenção à vítima do dano, que conseguia obter indenização pelos danos sofridos, independente da comprovação da culpa do ofensor, bastando a prova acerca do nexo causal entre o prejuízo e a conduta do agente (SAVI, 2009).

#### **1.1.4 Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva**

Ao tratar do tema responsabilidade civil, será necessária a comprovação do nexo causal (dano e evento danoso) e o dolo ou culpa do agente. Contudo, existem casos em que a demonstração da culpa é desnecessária, pois a responsabilidade decorre da própria atividade desenvolvida pelo agente. Nos casos em que a demonstração da culpa é desnecessária, se está diante da responsabilidade civil objetiva. Já responsabilidade civil subjetiva é aquela decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposo.

A par do conceito de responsabilidade civil subjetiva, verifica-se que existem situações previstas em lei, nas quais a culpa é presumida ou relativizada, em função da atividade ou risco, a exemplo das previstas nos artigos 927, parágrafo único e 936, ambos do Código Civil (GONÇALVES, 2009, p. 32). No entanto, a responsabilidade civil objetiva não se limita aos casos expressos em lei, visto que, o julgador também pode fixar o dever de indenizar, independentemente de previsão normativa e da comprovação de culpa. Ressalta-se, que grande parte das atividades de risco já possui previsão legal, restando pequeno campo para aplicação por analogia pelo julgador. Em se tratando de responsabilidade objetiva, a ideia da culpa é substituída pelo já mencionado risco, pelo qual aquele que “[...] com sua atividade ou meios utilizados, cria risco, deve suportar o prejuízo que sua conduta acarreta, ainda porque essa atividade de risco lhe proporciona um benefício.” (VENOSA, 2009, p. 14).

A teoria da responsabilidade civil objetiva, encontrou amplo campo para solidificação na França, onde também surgiu a teoria da perda de uma chance. (GONÇALVES, 2009, p. 31). A teoria da atividade de risco trouxe “[...] uma verdadeira inversão do eixo da responsabilidade civil, antes preocupada em encontrar o caráter culposo da conduta do agente, atualmente voltada para a reparação do dano.” (SILVA, 2009, p. 4). Esta mudança de paradigma influenciou e ampliou o conceito de dano reparável, fazendo com que determinadas situações, antes impossíveis de reparação, porque intangíveis, passassem a receber a tutela

do Estado, como é o caso de responsabilidade civil pela perda de uma chance:

A evolução da responsabilidade civil tem como princípio fundamental e regra prioritária de proteção à dignidade da pessoa humana, passando-se do conceito de ato ilícito para o de dano injusto, o que autoriza “[...] detectar outros danos ressarcíveis que não aqueles que resultam da prática de um ato ilícito. Substitui-se, em síntese, a noção de ato ilícito pela de *dano injusto*, mais amplo e social.” (SAVI, 2009, p. 105). Esta perspectiva corrobora as previsões da Carta Magna brasileira de 1988.

Esta inversão de conceitos ocorreu porque, em razão dos valores instituídos pela CF/88, a análise dos casos de responsabilidade civil passou a exigir não somente um juízo de licitude, mas também um prévio juízo de valor, decorrente da ideia de que “[...] nem todo ato ilícito será merecedor de tutela.” (SAVI, 2009, p. 107). Assim, com foco no dano injusto, é possível aproximar-se da efetiva realização da Justiça, a partir da análise conjunta das situações subjetivas, à luz da CF/88:

A perda de uma chance, [...] na grande maioria dos casos será considerada um dano injusto e, assim, passível de indenização. Ou seja, a modificação do foco da responsabilidade civil, para a vítima do dano injusto, decorrente da evolução da responsabilidade civil, acaba por servir como mais um fundamento para a indenização desta espécie de dano. (SAVI, 2009, p. 109).

Com a evolução dos pressupostos da responsabilidade civil e o foco cada vez mais voltado à reparação de danos injustos, ganhou amplitude a teoria da perda de uma chance, voltada a indenizar a vítima pelas chances perdidas em função da conduta do agente.

## 1.2 RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE

No direito brasileiro há duas modalidades de reparação civil, quais sejam: pelos danos morais e materiais, estes últimos divididos em danos emergentes e lucros cessantes. Tal entendimento é extraído do disposto nos artigos 186, 187, 927 e 402 do Código Civil Brasileiro, segundo os quais, aquele que comete ato ilícito, ainda que exclusivamente moral, está obrigado a lhe reparar, bem como, em relação

às perdas e danos, que os mesmos abrangem, além do que o credor perdeu (danos emergentes), aquilo que deixou de ganhar (lucros cessantes).

O dano moral, pode ser entendido como aquele caso em que a vítima sofre uma ofensa que lhe atinge o psicológico, causando-lhe transtornos e dissabores, com os quais não teria de lidar, caso a ação não tivesse ocorrido. Os danos materiais, dividem-se em danos emergentes e lucros cessantes (artigo 402 do Código Civil), cuja diferenciação é pontuada por Gonçalves:

*Dano emergente* é o efetivo prejuízo, a diminuição patrimonial sofrida pela vítima. É, por exemplo, o que o dono do veículo danificado por outrem desembolsa para consertá-lo. Representa, pois, a diferença entre o patrimônio que a vítima tinha antes do ato ilícito e o que passou a ter depois. *Lucro cessante* é a frustração da expectativa de lucro. É a perda de um ganho esperado. Há casos em que a indenização já vem estimada no contrato, como acontece quando se pactua a cláusula penal compensatória. (GONÇALVES, 2007, p. 342).

A perda de uma chance é apontada, por forte corrente, doutrinária como um terceiro gênero de indenização, não se amoldando em nenhuma das classificações abordadas pela legislação civil.

### 1.2.1 Evolução e Características da Teoria da Perda de uma Chance

Historicamente os danos diretos e tangíveis eram passíveis de compensação, tanto no que se refere às pessoas quanto ao patrimônio. A evolução, decorrente das necessidades modernas, fez com que se passasse a reparar também os danos com causas intangíveis e emocionais, tais como quebras de expectativas. Nessa evolução, a teoria da perda de uma chance acaba por emergir, pois “[...] defendia a concessão de indenização pela perda da possibilidade de conseguir uma vantagem e não pela perda da própria vantagem que não pôde se realizar.” (SAVI, 2009, p.03).

O primeiro registro de aplicação da teoria é datado de 17 de julho de 1889, quando a Corte de Cassação francesa conferiu a um demandante o direito a receber indenização em função da atuação de um oficial ministerial, que extinguiu todas as possibilidades de a sua demanda lograr êxito, mediante o seu normal procedimento

(SILVA, 2009, p. 10).

No ano de 1911, a teoria foi aplicada no sistema da *Common Law*, em um caso cuja demandante era finalista de um concurso de beleza conduzido pelo réu, que a impediu de participar da fase final (SILVA, 2009, p. 10). Exemplo recente da possibilidade de aplicação da teoria da perda de uma chance, é apresentado por Venosa, no caso do maratonista brasileiro que, nas olimpíadas de 2004, enquanto liderava a prova, foi agarrado por um espectador que, invadindo a pista de corrida, agarrou-o, retirando-lhe a concentração por alguns segundos, fazendo com que terminasse a prova em terceiro lugar (VENOSA, 2009, p. 35). Para Venosa, trata-se de legítimo caso de perda da chance, pois nada poderia garantir que o maratonista brasileiro teria vencido a prova, sendo apenas uma probabilidade, já que liderava com folga e administrava bem tal liderança.

Caso houvesse certeza quanto a sua vitória, poderia pleitear indenização por lucros cessantes, haja vista que seria mais fácil apurar o efetivo prejuízo sofrido. Entretanto, por se tratar de mera hipótese de vitória (e não de algo que efetivamente deixou de ganhar), o que caberia seria a indenização pela chance perdida, que de forma alguma seria o equivalente ao primeiro lugar na prova, mas sim, uma compensação pela oportunidade arruinada. Para a fixação da indenização nesta teoria, é necessária a observância de algumas peculiaridades, que serão abordadas.

Há significativas diferenças entre a indenização por perda de uma chance e as outras espécies normativas. Quando se trata de perda de uma chance, o que se indeniza é a quebra da expectativa de auferir algo e não a efetiva perda do que se pretendia perceber. Isto porque não há certeza quanto ao êxito, mas mera perspectiva, que deixou de ser experimentada em face da atitude do agente ao qual é imputada a responsabilidade pela perda da oportunidade. Neste diapasão é o ensinamento de Judith Martins-Costa:

Na responsabilidade pela perda de uma chance, o que é indenizado é justamente a chance de não alcançar determinado resultado, ou de auferir certo benefício, chance que foi perdida em razão de ato culposo do lesante. (MARTINS-COSTA, 2003, p. 360).

Acerca da possibilidade de indenização pelas chances perdidas, Savi disserta que “[...] a perda de uma chance séria e real é hoje considerada uma lesão a uma legítima expectativa suscetível de ser indenizada da mesma forma que a outras espécies de bens ou qualquer outro direito subjetivo tutelado pelo ordenamento.” (SAVI, 2006, p. 101).

Em relação a diferenciação entre a perda de uma chance e as outras espécies de dano é oportuno referir que na perda da chance, falta a prova de vínculo causal entre a perda da chance (aposta) e o ato danoso, já que essa aposta (dano da vítima) também pode desaparecer por outras causas (SILVA, 2009, p. 12). O ponto principal da ação de indenização não é a atitude imputada ao réu, mas sim, a chance que a vítima perdeu.

Especificamente sobre a chance, Rafael Peteffi da Silva esclarece que,

A chance representa uma expectativa necessariamente hipotética, materializada naquilo que se pode chamar de ganho final ou dano final, conforme o sucesso do processo aleatório. Entretanto, quando esse processo aleatório é paralisado por um ato imputável, a vítima experimentará a perda de uma probabilidade de um evento favorável. Esta probabilidade pode ser estatisticamente calculada, a ponto de lhe ser conferido um caráter de certeza. (SILVA, 2009, p. 13).

Para ocorrência do dever de indenizar é necessária a definição do prejuízo da vítima, seja ele moral ou material. Não há necessidade de indicar o seu valor, pois este depende de elementos a serem analisados em liquidação de sentença (VENOSA, 2009, p. 34). Em demandas que tratam da responsabilidade pela perda da chance, o que se indeniza é a perda da oportunidade de, com a ocorrência daquele evento que fora interrompido pelo ofensor, a vítima obter resultado diverso, como a vitória em um processo judicial ou em uma maratona, não tendo ligação monetária com o que se ganharia. A indenização pela chance perdida será inferior ao efetivo valor da vantagem esperada e perdida pela vítima. Isto porque o que se repara é o dano decorrente desta perda e não o valor monetário que o aproveitamento da chance desperdiçada poderia trazer.

A indenização baseada na teoria da perda de uma chance tem limite no

caráter de certeza. Veja que “[...] a chance perdida deve ser ‘séria’, ou ‘real e séria’. É necessário demonstrar a realidade do prejuízo final, que não pode ser evitado—prejuízo cuja quantificação dependerá do grau de probabilidade de que a chance perdida se realizaria.” (SILVA, 2009, p. 191). Neste contexto, pode-se afirmar que:

É claro, então, que, se a ação se fundar em mero dano hipotético, não cabe reparação. Mas esta será devida se se considerar dentro da ideia de perda de uma oportunidade (perte d'une chance) e puder situar-se na certeza do dano. (VENOSA, 2009, p. 35).

No ordenamento Italiano, para que a chance seja considerada séria e real, exige-se que a probabilidade de obtenção da vantagem esperada pela vítima seja superior a 50% (SAVI, 2009, p. 4). Tal posicionamento sofre críticas, pois

Com base nesse raciocínio(...), chega-se a soluções nada equânimes, como, por exemplo, a de se admitir a indenização quando o lesado tem a seu favor 51% de chance de atingir o resultado final, negando-a, em caso idêntico, quando a vítima tem apenas 2% a menos, quer dizer, diante de 49% de chance de o lesado obter a vantagem esperada. Daí se vê que este critério é, no mínimo, bastante questionável. (SAVI, 2009, p. 81).

Conclui-se que para o reconhecimento do direito à indenização pela perda de uma chance, não deve-se fazer vínculos a probabilidades matemáticas de a pessoa obter êxito caso aproveitasse a chance, mas sim, a constatação de que a chance existia, bem como de que era séria e possível, de que superava uma vaga hipótese.

### **1.2.2 A Perda de uma Chance no Direito Brasileiro**

Embora não exista previsão normativa expressa, atualmente é ampla a admissão pela doutrina da aplicação da teoria da perda de uma chance no direito brasileiro. No entanto, quando em vigor o Código Civil de 1916 (CC-1916), grande parte da jurisprudência era relutante em aceitar a reparação pelas chances perdidas, sob o argumento de que os artigos 1537 e 1538 daquele Código traziam um rol de bens protegidos pelo ordenamento jurídico pátrio, dentre os quais não se encontrava a perda de chance (SAVI, 2009).

José de Aguiar Dias já fazia forte crítica a tal relutância, chamando de “magistrado bisonho” o prolator de um voto em julgamento do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferido em julho de 1936, no qual negou a responsabilidade de um advogado pela falta de preparo em um recurso de apelação trabalhista, sob o fundamento de que tal fato não se constituía um dano (SILVA, 2009). Contudo, a relutância por parte da jurisprudência não era absoluta. Neste sentido, ainda sob a égide do CC-1916 os Ministros Ruy Rosado de Aguiar e Sálvio de Figueiredo Teixeira, ao votar no julgamento do Recurso Especial nº 57.529-DF, datado de 07/11/1995, discorreram:

Penso eu que tal decisão causa ofensa ao disposto no art. 159 do Código Civil, cláusula geral que contempla inclusive a hipótese da perda de uma real oportunidade de obtenção de uma certa vantagem. Não se indeniza a vantagem de quem venceria a concorrência, mas a perda real da oportunidade de concorrer, que é um fato provado, causador de prejuízo de não concorrer, e por isso, incluído no âmbito do artigo 159 do CC, pois foi causado por culpa da transportadora. (SAVI, 2009, p. 96).<sup>6</sup>

Com a legislação Civil de 2002 (CC-2202), foram alterados os dispositivos que versavam sobre a matéria,<sup>7</sup> os quais preveem a reparação de determinadas espécies de dano, sem, representar um rol taxativo, deixando aberta a possibilidade de reparação de qualquer prejuízo que o ofendido comprove haver sofrido (SAVI, 2009, p. 95). O CC-2002 adotou o princípio da reparação integral dos danos, previsto no artigo 186, que representa uma cláusula geral de responsabilidade, contemplando os danos decorrentes da perda de uma chance.

Hoje, a relutância com a aplicação da teoria da perda de uma chance é cada vez menor, aparentando ser isolada a posição do doutrinador Rui Stoco, o qual sustenta que “exsurge como inaceitável” a responsabilidade civil do advogado pela perda de uma chance (STOCO, 2007, p.512).

A partir da interpretação sistemática da supra mencionada regra geral do artigo 186 do CC-2202, pode-se dizer que a responsabilidade civil pela perda de

6 STJ, Recurso Especial nº 57.529-DF, Quarta Turma, Rel. Ministro Fontes de Alencar, julgado em 7/11/1995 (SAVI, 2009, p. 96).

7 A redação atual encontra-se nos artigos 948 e 949 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002).

uma chance está prevista implicitamente no ordenamento jurídico. No entanto, em que pese o tratamento abrangente que o tema tem recebido, alguns tribunais brasileiros não possuem qualquer contato com o mesmo, de modo que “[...] seria impróprio afirmar que a teoria da perda de uma chance já goza de aplicação geral e irrestrita, por parte da jurisprudência brasileira.” (SILVA, 2009, p. 195). Conforme o autor,

A aceitação da perda de uma chance como uma espécie de dano certo aparece como o caminho que o direito nacional segue e continuará a seguir, eis que, no ordenamento brasileiro não se encontra qualquer dispositivo que possa tornar-se um óbice para a aplicação da teoria da perda de uma chance. (SILVA, 2009, p.233-234).

Verifica-se que a maior casuística, quando se trata de aplicação da teoria da perda de uma chance no direito brasileiro, trata de hipóteses de responsabilidade civil do advogado, inclusive sendo esse o objeto do primeiro caso conhecido de aceitação da perda de uma chance no Brasil, por meio do julgamento da apelação cível nº 591054837, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 29/08/1991.

## **2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE**

A responsabilidade civil dos profissionais liberais, dentre eles o advogado, é decorrente da culpa, ou seja, é subjetiva, nos termos preconizados pelo artigo. 14, §4º, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC), e artigo 32 da Lei nº 8906, mormente conhecida como Estatuto da Advocacia. Por ser um instrumento na luta contra a opressão no Estado Democrático de Direito, a advocacia é um ofício que traz consigo a possibilidade de ocorrência de danos, quer pela utilização de técnicas inadequadas ou pela omissão dos deveres que deva zelar na defesa dos interesses do cliente (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 224).

Trata-se de modalidade de responsabilidade contratual, amparada no princípio de que quem exerce uma profissão deve comportar-se de acordo com os parâmetros exigidos para o seu ofício, sendo que, desvios podem ocasionar danos, conseqüentemente, surge o dever de indenizar (VENOSA, 2009, p. 257). Para os

advogados impõe-se que sejam diligentes, evitando atuação com desídia ou retardamento da propositura da ação, pois ha obrigação de defender a parte em juízo e de lhe dar conselhos profissionais.

Nesse sentido, a Lei nº 8.906/04 estabelece que são atividades exclusivas do advogado prestar serviços de consultoria, assessoria e direção jurídica, bem como postular perante os órgãos do Poder Judiciário. Os advogados possuem obrigação de meio e não de resultado, pois não podem e não necessitam, na maioria absoluta dos casos, garantir o sucesso da empreitada (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 225).

Há casos em que se admite que a obrigação assumida seja de resultado. Exemplo é o trabalho do advogado na elaboração de contratos ou minuta de uma escritura pública, quando deve ser alcançado o resultado esperado pelo cliente. No entanto, a ocorrência da falha do profissional somente poderá ser apurada a partir da análise do caso concreto (GONÇALVES, 2009, p. 253). Assim, os advogados respondem civilmente de maneira subjetiva, ou seja, é necessário que reste comprovada a sua culpa.

Tem-se que o advogado não tem a obrigação de vencer em juízo. Caso prometa ao cliente o sucesso da causa, estará agindo com culpa, do que decorre a obrigação de indenizar em caso de perda da ação (RIZZARDO, 2009, p. 351). Os casos mais corriqueiros de demandas ajuizadas contra advogados tratam de hipóteses de desídia, retardamento na propositura de ação judicial e perda de prazos processuais. É nesse campo que emerge o dever de indenizar pela perda de uma chance.

A responsabilidade civil dos advogados é uma das modalidades de responsabilidade profissional. Por se tratar de figura indispensável à administração da justiça (artigo 133 da CF/88), e considerando os interesses que protege, é latente, a possibilidade de causar danos aos clientes, principalmente quando o mandatário não atua com a diligência exigida pelo ofício que exerce. Não se pode olvidar, que a obrigação dos advogados, assim como a dos médicos, é de meio, não de resultado. Normalmente, a responsabilidade civil dos advogados é contratual,

decorrente do mandato. Entretanto, existem possibilidades em que ela poderá ser extra negocial ou estatutária, exemplos que ocorrem com defensores oficiais e defensores nomeados pelo juízo (VENOSA, 2009, p. 258).

O mandato, é uma das modalidades de contrato, prevista no CC-2002, pelo qual se impõe responsabilidade contratual do advogado, devendo, por isto, defender os interesses do cliente, que lhe fora confiado. Assim agindo, nenhuma responsabilidade poderá ser imputada ao procurador, já que cumpriu com suas obrigações (GONÇALVES, 2009, p. 253).

Na apuração de responsabilidade civil do advogado, há de ser considerado que incidem duas regras, insculpidas nos artigos 14, §4º, do CDC, e artigo 32 do Estatuto da Advocacia<sup>8</sup>. Responderá o advogado pela precariedade de sua defesa, quando nela sejam verificados erros de fato e de direito, cujo exame de gravidade dependerá de cada caso concreto. Existirão casos, como perda de prazo para recursos que, de tão crassos, podem ser analisados objetivamente. Por outro lado, existirão condutas que demandam exame mais cuidadoso, a fim de verificar a ocorrência de desídia do procurador. Nesse aspecto, deve se considerar que

O advogado é o primeiro juiz da causa. A propositura de uma ação requer estudo prévio das possibilidades de êxito e eleição da via adequada. É comum, hoje, em razão da afoiteza de alguns advogados, e do despreparo de outros, constatar-se o ajuizamento de ações inviáveis e impróprias, defeitos esses detectáveis *ictu oculi*, que não ultrapassam a fase do saneamento, quando são então trancadas. Amiúde percebe-se que a pretensão deduzida seria atendível. Mas, escolhida mal a ação, o autor, embora com o melhor direito, torna-se sucumbente. (GONÇALVES, 2009, 254)

Assim, se ingressa com o remédio processual inadequado ao caso em concreto, ou, ainda, se postula frontalmente contra a letra da lei, deve responder civilmente o advogado, por ser o primeiro juiz da causa e intérprete da norma, responsável pelos prejuízos causados ao cliente (VENOSA, 2009, p.258). Se na

---

8 Art. 14. (...)

§4º. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa. (BRASIL, 2002).

prestação dos serviços, verificar-se que os meios utilizados pelo advogado se apresentam como honestamente amparáveis, demonstrando compatibilidade com o princípio da razoabilidade, não haverá responsabilidade do advogado. Até porque, caso fosse cabível indenização por cada ação infrutífera, o exercício da advocacia se tornaria impossível (RIZZARDO, 2009, p. 357).

Desta forma, “[...] o erro do advogado que dá margem à indenização é aquele injustificável, elementar para o advogado médio, tomando aqui como padrão por analogia ao *bonus pater familias*.” (VENOSA, 2009, p. 258). Tem-se que o exercício da advocacia exige do profissional uma série de cuidados, que devem ser impressos a fim de evitar que o cliente sofra prejuízos em função de sua atuação.

## 2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL DA SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Ponto importante no estudo em tela é a verificação da responsabilidade da sociedade da qual o advogado faz parte como sócio ou empregado. A sociedade de advogados, nos dizeres de Paulo Luiz Neto Lôbo, citado por DIAS, difere-se das demais sociedades civis, haja vista que o Estatuto da OAB manteve sua natureza como uma sociedade exclusivamente de pessoas e de finalidades profissionais, rejeitando o modelo empresarial adotado por diversos outros países, justamente, para não desconfigurar a atividade da advocacia (DIAS, 1999, p. 39).

A respeito da responsabilidade dos sócios, frente aos danos causados pela sociedade a doutrina pontua que:

A responsabilidade civil dos sócios pelos danos que a sociedade coletivamente, ou cada sócio ou advogado empregado individualmente, causar, por ação ou omissão no exercício da advocacia, é solidária, subsidiária e ilimitada, independentemente do capital individual integralizado. Os bens individuais de cada sócio respondem pela totalidade dessas obrigações. É nula a cláusula do contrato social que estabelecer qualquer tipo de limitação à responsabilidade dos sócios para tal fim. (ROSSI, 2007, p.131).

Ou seja, responderão os sócios, solidária e ilimitadamente, pelos danos que os outros sócios, ou os empregados, vierem a causar no exercício da advocacia,

não havendo distinção entre os bens pessoais do sócio e os bens pertencentes à sociedade. Nesse sentido, impende ressaltar que de acordo com o disposto no artigo 17 do Estatuto da OAB dispõe que “além da sociedade, o sócio responde subsidiária e ilimitadamente pelos danos causados aos clientes por ação ou omissão no exercício da advocacia, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar em que possa incorrer”. Em contrapartida, o artigo 265 do Código Civil de 2002 prevê que “[...] a solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes.” (BRASIL, 2002).

A partir da análise conjunta dos artigos supracitados, verifica-se que no caso da sociedade de advogados a solidariedade só ocorre quando prevista expressamente no contrato de prestação de serviços advocatícios, haja vista que o Estatuto da OAB fala apenas em responsabilidade subsidiária, mas não em solidária (DIAS, 1999, p. 39). Se o ato prejudicial ao cliente não puder ser atribuído a um advogado identificado, como é o caso de ausência de resposta à Nota de Expediente que foi publicada em nome de todos, há a responsabilidade solidária dos sócios, ao contrário do que ocorre quando se pode aferir a culpa exclusiva.

Convém destacar que a responsabilidade da sociedade de advogados possui natureza objetiva, de maneira que, se os advogados se agrupam em sociedade, deixam de fazer jus à exceção ao princípio da responsabilidade objetiva, previsto no §4º artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), uma vez que este se aplica apenas ao profissional liberal (ROSSI, 2007, p. 132). Tal entendimento não é uníssono, uma vez que a responsabilidade da sociedade de advogados perante o cliente é subjetiva, encontrando-se incluída na exceção do §4º do artigo 14 do CDC. Veja que, a sociedade de advogados é composta por pessoas com finalidades profissionais de modo que sua atividade confunde-se com as atividades dos sócios, os quais possuem responsabilidade subjetiva, ou seja, é necessária a aferição da culpa (DIAS, 1999, p. 42). Nesse íterim, Antônio Montenegro afirma que

A prestação de serviço pelo profissional liberal acha-se tão intimamente ligada à sua responsabilidade pessoal (= pela culpa), que absurdo seria firmar princípios diversos para ele e para a pessoa jurídica que o tenha como empregado. Na ocasião em que for declarada a responsabilidade da

empresa, forçosamente aparecerá o nome do profissional que atuou no caso concreto, como inábil para atividade exercida. Daí a necessidade de demonstrar-se a sua culpa, seja quando ele exerce o serviço individualmente, seja quando o faz como empregado ou preposto de determinada empresa. (MONTENEGRO *apud* DIAS, 1999, p. 42).

A responsabilidade civil da sociedade de advogados encontra entendimentos doutrinários conflitantes, tanto no que se refere à solidariedade dos sócios pelos danos causados, quanto no que tange à natureza jurídica (objetiva ou subjetiva). O que é certo é que seja na seara da sociedade de advogados ou do advogado que atua individualmente, o cliente que sofre danos possui perspectiva de indenização.

### **3 ANÁLISE CONCLUSIVA: A RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PELA PERDA DE UMA CHANCE.**

Em se tratando de responsabilidade civil pela perda de uma chance, a maior casuística encontrada no direito brasileiro refere-se a hipóteses de responsabilidade do advogado, sendo que, inclusive, esse era o objeto do primeiro caso conhecido de aceitação da perda de uma chance no Brasil (PETEFFI DA SILVA, 2009, p. 204).

E, para que essa perda de chance possa ser reparada, a mesma deve ser real e séria, demonstrando-se que não se tratava de mera hipótese de, sem aquele ato lesivo imputado ao advogado, o processo alcançar resultado diverso. No entanto, a apuração da indenização devida pelo advogado em razão da perda de uma chance, muitas vezes, é tarefa difícil, haja vista a complexidade da questão que envolve a verificação do que é real e sério e do que é mera hipótese. Nesse norte:

A responsabilidade civil na *perda de uma chance* tem características bem peculiares que a diferenciam das outras situações que envolvem perdas e danos. É que, na *perda de uma chance*, no caso específico da atuação do advogado, nunca se saberá qual seria realmente a decisão do órgão jurisdicional que, por falha do advogado, deixou, para sempre, de examinar a pretensão do seu cliente.

Na hipótese da perda do prazo do recurso cabível este não será apreciado pela instância *ad quem*, de maneira que *nunca* se saberá o resultado do julgamento, simplesmente porque ele não ocorreu e não mais se terá a oportunidade de ocorrer.

(...)

Vêm-se, porém, as dificuldades que o trato deste tema oferece. Certamente, não é por outra razão que a doutrina e a jurisprudência

nacionais não deram ainda solução adequada para o problema.  
(...)Analisando situações extremas, de um lado e de outro, no aspecto da perda de uma chance, vemos que há situações em que o acolhimento da pretensão pelo órgão julgador é totalmente provável, e outras em que o sucesso é absolutamente improvável. (DIAS, 1999, p. 43).

Para que se afigure indenização pela perda de uma chance é necessário que se demonstre que, em razão da atuação do advogado, não foi atingido um resultado que, em situações idênticas e dentro da normalidade razoável seria alcançado (ROSSI, 2007, p. 122). O direito à indenização pela perda de uma chance deverá ser analisado com observância aos critérios referidos, mas sem uma regra absoluta, visto que são diversas as hipóteses em que a atuação do advogado pode levar à perda da chance, sendo que, cada qual possui suas peculiaridades, que serão pontuadas caso a caso.

Dentre as principais hipóteses, destacam-se como situações emblemáticas de perda de uma chance a falta de propositura da ação judicial, quando o cliente é entrevistado pelo advogado, assina procuração e entrega todos os documentos necessários ao ajuizamento da demanda e, ainda assim, o procurador deixa de interpor a ação (DIAS, 1999, p. 72). Outra hipótese comum de ajuizamento de demanda indenizatória por perda de uma chance contra o advogado ocorre quando este propõe a ação e deixa de elaborar determinado pedido, privando o cliente de obter as vantagens que lhe eram asseguradas por lei no caso (DIAS, 1999, p.73).

Um dos importantes casos de ação indenizatória por perda de uma chance é o relativo a não-interposição de recurso cabível no caso e adequado para a situação, quer por perda de prazo, não interposição propriamente dita ou, ainda, interposição sem o devido preparo (DIAS, 1999, p.74-77). Ainda destaca-se a situação em que o advogado deixa de produzir provas importantes para seu cliente, caso em que este pode ajuizar a ação de indenização por perda de uma chance alegando que, com a produção da prova, a demanda seria decidida em seu favor (DIAS, 1999, p. 75).

O extravio de autos, igualmente, pode ocasionar o ajuizamento de demanda indenizatória por perda de uma chance, especialmente quando o advogado não providencia a devida e necessária restauração de autos, num prazo razoável (DIAS,

1999, p. 76). Por fim, destaca-se a hipótese de ajuizamento de ação de responsabilidade civil por perda de uma chance quando o advogado que atuou na demanda, após o trânsito em julgado, deixa de aconselhar o cliente a propor a ação rescisória cabível (DIAS, 1999, p. 82).

No entanto, para o reconhecimento da responsabilidade do advogado pela referida chance perdida do cliente, devem ser considerados diversos aspectos, que levam à demonstração em juízo de que a perda da chance decorreu diretamente da atividade do causídico. Ou seja, para que ocorra a responsabilização do advogado que, culposamente, fez com que seu constituinte perdesse a chance de ver sua pretensão analisada, devem ser examinados tanto o nexo de causalidade quanto a extensão do dano. Assim, tanto a análise do cabimento quanto da valorização da indenização da perda de uma chance deverão ser feitas

Fundamentalmente em face da demonstração de que a omissão ou ação inadequada liga-se diretamente à perda da chance vindicada (nexo causal adequado, direto e imediato) e se o comportamento necessário, caso existisse, conduziria, por presunção lógica, ao resultado esperado. (ROSSI, 2007, p. 121-122).

Para que seja reconhecido o dever do advogado de indenizar seu antigo cliente pela chance perdida, o último deve demonstrar em juízo que a atividade desenvolvida pelo profissional da advocacia em seu caso está estritamente ligada à chance que perdeu, bem como que, caso o causídico tivesse agido com a diligência necessária, muito provavelmente, o resultado seria diverso.

Outra problemática que surge ao se tratar de caso de pedido de indenização por perda de uma chance diz respeito ao ônus probatório, ou seja, de quem é a incumbência de demonstrar a ocorrência tanto do dano quanto do nexo de causalidade. Estando em mora o devedor, no caso, o advogado, este responde pela impossibilidade da prestação, ainda que a mesma tenha decorrido de caso fortuito ou de força maior, a não ser que consiga demonstrar que o dano aconteceria mesmo que a obrigação fosse cumprida pontualmente (DIAS, 1999, p. 68).

É que, de uma leitura do artigo 403 do Código Civil, verifica-se que o mesmo

exige relação direta e imediata entre o dano e a inexecução do contrato. Vale dizer, portanto, que o dano deve ser uma consequência necessária da inexecução do contrato. Neste sentido, com relação à ação que envolve pedido de indenização por perda de uma chance, “compete, pois, ao advogado demonstrar que, mesmo se houvesse praticado o ato a tempo, o dano sofrido pelo cliente seria o mesmo, isso numa visão a posteriori, no exercício do juízo de probabilidade”. Assim, é ônus do advogado comprovar que, ainda que não tivesse praticado aquele ato tido como lesivo pelo cliente ou que tivesse agido da maneira esperada pelo cliente, o processo teria alcançado o mesmo resultado, qual seja, a improcedência.

Todas estas questões incidentais devem ser analisadas pelos Tribunais quando a ação proposta perquirir situações de lesão em razão da configurada perda da chance por culpa do profissional. Com efeito, para que possa haver uma aplicação mais equânime e efetiva da responsabilidade civil pela perda de uma chance no Brasil é necessário que se evolua nos estudos de tal instituto, a fim de que os aplicadores do direito possam ter uma acepção mais clara acerca de seu significado e objetivos, possibilitando que as soluções das controvérsias oriundas da perda de uma chance sejam as mais justas para ambas as partes.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, República Federativa do. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2010.

\_\_\_\_\_. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 de ago. 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. v. 7. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito**

**civil, volume III: responsabilidade civil.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, vol. IV: Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil brasileiro, vol. IV: Responsabilidade Civil.** 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil,** vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

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

RIZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil: Lei nº 10.406, de 10.01.2002.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROSSI, Júlio César. **Responsabilidade civil do advogado e da sociedade de advogados.** São Paulo: Atlas, 2007.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil por perda de uma chance.** São Paulo: Atlas, 2009.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 512.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: responsabilidade civil.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

**ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL FRENTE AOS  
ERROS COMETIDOS PELOS NOTÁRIOS A TERCEIROS NA ATRIBUIÇÃO DA  
FUNÇÃO PÚBLICA DELEGADA**

Claudia Cristina Camargo Zaltron<sup>1</sup>  
Bianca de Melo Hartfil<sup>2</sup>  
Daiane da Rocha Ferreira<sup>3</sup>

**RESUMO**

A importância deste trabalho está em pesquisar, dentro da atividade delegada exercida pelos Notários, as formas de responsabilização civil a serem aplicadas aos mesmos, no exercício da função notarial, destacando as teorias da responsabilidade civil, quer objetiva, que se baseia fundamentalmente na teoria do risco, segundo o qual todo dano deve ser indenizado, independentemente de existir a culpa, quer a corrente que defende a teoria da responsabilidade civil subjetiva, onde está sempre presente o pressuposto culpa e dolo. Na sequência, pretende-se falar sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado, focando nas diferenças e nas importâncias de cada corrente, trazendo a posição de alguns doutrinadores quanto ao tema proposto, bem como artigos de lei.

Palavras-chave: Notários – Estado – reparação civil.

**ABSTRACT**

The importance of this work is to research, within the delegated activity exerted by notaries, the forms of civil liability to be applied to them, in exercise of the notary profession, highlighting the theories of liability, whether objective, which is fundamentally based on the theory of risk, according to which all damages must be compensated, regardless of whether the guilt or the current that supports the subjective theory of liability, where the assumption is always present guilt and deceit. Further, we intend to talk about tort state, focusing on the differences and the importance of each stream, bringing the position of some scholars on the theme, as well as articles of law.

<sup>1</sup> Bacharel em Direito do Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo – IESA, 3ª Substituta do Tabelião no 1º Tabelionato de Notas, Protestos, Registro de Títulos e Documentos e Pessoas Jurídicas de Santo Ângelo, e pós-graduada do Curso de Direito Notarial, Registral e Imobiliário.

<sup>2</sup> Mestre em Direito. Professora do Curso de Direito. Faculdades Integradas Machado de Assis. Santa Rosa-RS, Brasil. biancahartfil@fema.com.br

<sup>3</sup> Acadêmica do Curso de Direito. Bolsista de Pesquisa do Projeto de Pesquisa Temas Contemporâneos de Filosofia do Direito. Projeto de Extensão da Dignidade Humana a Plena Cidadania Faculdades Integradas Machado de Assis Santa Rosa.

**Keywords:** Notaries – state – civil damages.

## INTRODUÇÃO

Há muito tempo, tem-se inserido no ensinamento jurídico, a necessidade de proceder à indenização dos prejuízos causados por alguém ao patrimônio de terceiros.

Sendo a responsabilidade civil um instituto que vem evoluindo e se desenvolvendo ao longo do tempo, a questão cultural da sociedade, tratava deste assunto fora do Direito, admitindo que tal reparação se desse através da base da retribuição, confirmada mais tarde pela Lei do Talião.

Outra legislação que faz referência a responsabilização por prejuízo é o Código de Hamurabi, que dentre outras normas, previa o princípio da reparação, infligindo ao causador do dano o mesmo prejuízo experimentando pela 'vítima'.

Com o passar do tempo, as leis foram excluindo a vingança como forma de reparação, pois chegou-se a conclusão que a reparação do mal com o mal se tornava inequívoca, a medida que gerava mais violência social.

Quando o Estado passou a intervir nestas questões, tomando para si o dever de repreender os atos ilícitos, instaurou-se a aplicação de uma pena pecuniária, que tem como marco inicial a Lei Aquiliana.

Daquela época aos dias de hoje, inúmeras leis foram adaptadas, revogadas, reformuladas, não se tendo até hoje um consenso na doutrina e jurisprudência nacional, acerca da aplicabilidade da responsabilidade civil.

Ao falarmos desse tema, de uma forma geral, é nítido para todos que responsabilidade civil é o dever do cidadão de responder pelos atos praticados em discordância com o ordenamento jurídico, e este responder implica em arcar com a reparação dos danos causados a outrem com a prática de tal ato.

Moralmente, responsabilidade civil está ligada à ideia de justiça, que se funde com o princípio da estabilidade social, já que para que se tenha um equilíbrio nas relações sociais, se exige dos seus membros, o respeito pela dignidade da pessoa.

Quando os fatos ocorrem de forma desigual para as partes, tem-se o recurso do instituto da responsabilização civil para reparar o dano causado, tendo na figura do Estado o grande repressor dos atos ilícitos.

No momento que o agente causador do prejuízo é chamado a reparar o que deve, surge o elemento culpa e, assim, sabemos que havendo a ausência de culpa, não se pode falar em reparação de dano.

Existe responsabilidade civil quando presentes os quatro requisitos essenciais: a conduta, o nexo de causalidade, o dano e a culpa.

A conduta é o ato praticado, o nexo de causalidade é a prática deste ato em alguma circunstância duvidosa, o dano é que houve prejuízo a alguém e a culpa é que alguém prejudicado responsabilizou este sujeito pela prática de algum ato que foi contrário a lei.

Assim, a responsabilidade civil corresponde ao dever de determinado sujeito de reparar o prejuízo sofrido por outrem, em razão de um acordo anteriormente firmado, ou por imposição de lei.

No momento que o Estado assume o papel de punir o profissional que cometeu o ato em desacordo com a lei, se buscou um equilíbrio nas condutas profissionais, coibindo de certa forma, atos que ferem a ética, trazendo, por conseguinte, a distinção da responsabilidade jurídica, que ficou dividida entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil.

Sendo assim, o presente estudo se destina a examinar a questão da aplicabilidade da responsabilidade civil aos notários, no exercício de sua função pública delegada, destacando-se as teorias existentes, bem como as diferenciações entre as mesmas.

Nessa linha, cabe ainda, analisarmos a natureza da atividade notarial, salientando a responsabilidade civil destes profissionais e sua forma de aplicação, bem como as consequências da responsabilização do Estado, em decorrência da delegação do serviço público, pois o papel destes operadores do Direito é dar segurança jurídica aos que dos seus serviços se servem e, de nada adiantaria, se seus atos, em sendo falhos ou nulos, não tivessem a necessária reparação civil.

Existe na atividade notarial uma vontade de servir como instrumento de certeza e segurança jurídica preventiva que se estimulada tende a diminuir a incidência de abusos ao direito alheio, cabendo ao notário se aprimorar cada vez mais, pois no mundo moderno não tem lugar para meros “redatores” e sim, profissionais comprometidos com a ética, a justiça e a segurança jurídica.

## **1 HISTÓRICO DO NOTARIADO NO BRASIL**

Nas expedições que visavam a expansão comercial e marítima, na época do descobrimento da América, já havia a presença do tabelião, que registrava os fatos e formalizava a posse das terras recém descobertas.

O primeiro tabelião a pisar no solo brasileiro foi o navegador português Pero Vaz de Caminha, que em suas anotações relatou a descoberta do Brasil, a posse das terras, traduzindo tudo isso em um único documento oficial.

O Notariado Brasileiro manteve-se estático por muito tempo, em consequência de ser o Brasil colônia de Portugal, teve seu notariado pautado pelas leis portuguesas, as quais regulamentaram tal atividade até início do século XX, engessando desta forma, a legislação brasileira desta área especificadamente.

O cargo de tabelião era provido pelas capitânicas e logo após, pela coroa portuguesa, com investidura vitalícia, por doações, por compra e venda ou sucessão “*causa mortis*”, não se exigindo aptidão e muito menos preparo para a realização da função. O autor Ribeiro lembra que:

Foi editada, no Brasil, em outubro de 1827, lei que regulou o provimento dos cargos de Justiça e da Fazenda, proibiu a transferência dos ofícios a título de propriedade e determinou que fossem conferidos a título de serventia vitalícia pessoas dotadas de idoneidade e que servissem pessoalmente aos ofícios, o que não impediu que até a data recente persistisse, de forma dissimulada, a venalidade e o regime de sucessão, com transmissão de pai para filho de tais ofícios (RIBEIRO, 2009, p. 29).

Acredita-se que tais fatos geraram prejuízo às serventias atuais, que até recentemente eram qualificadas de atrasadas e pouco eficientes, por óbvio não se

poderia exigir tempo de prática e formação jurídica para o exercício da função notarial.

Historicamente, dentro do quadro dos servidores judiciais, os tabeliães integram o foro extrajudicial e a falta de melhor entendimento legal sobre estes profissionais fez com que imperasse a ideia de que os mesmos eram assemelhados aos servidores da Justiça e, este fato, é melhor especificado por Neto:

Em nosso sistema, os serviços notariais e de registro sempre foram considerados públicos. Até 1964, com a Lei 8.935, de 18 de Novembro, eram prestados por pessoal vinculado ao Poder Judiciário. Embora não fossem funcionários públicos, porque não eram propriamente estatutários, também não eram celetistas (NETO, 2003, p. 333).

Os antigos diplomas de organização judiciária costumavam englobar, dentre os órgãos do foro extrajudicial, os tabeliães e, assim, a instituição notarial afundada num profundo descaso, veio, a partir da Constituição Federal de 1988 e a Lei 8.935/94, ter um começo de reconhecimento, tomando um lugar de relevo no meio jurídico.

Como bem explica Brandelli:

O notário no Brasil é hoje um profissional do direito, assessor jurídico imparcial das partes, que qualifica a sua vontade e redige instrumentos adequados e dotados de fé pública; seu ingresso na atividade dá-se mediante aprovação em concurso público de provas e títulos, após o qual lhe é delegado o exercício da atividade notarial, cabendo a partir daí, ao Estado, fiscalização sobre tal exercício (BRANDELLI, 2009, p. 94).

Cabe complementar, que nos dias de hoje, o notário não está vinculado a qualquer dos poderes do Estado, a delegação é conferida pelo Estado, o qual passa a fiscalizar o exercício da atividade notarial, que é exercido de modo privado, não se enquadrando na categoria de funcionário público, respondendo juridicamente por todos os atos praticados.

## **2 SERVIÇO PÚBLICO DELEGADO**

O serviço notarial é objeto de descentralização administrativa por delegação, no qual o poder público delega o serviço através de concurso público de provas e títulos.

Ainda que seja feita esta transferência por delegação, não há de se confundir com a permissão ou concessão de serviços, através do Estado, os quais possuem uma série de divergências, dentre as quais, o autor Ribeiro, destaca:

As distinções são claras: a. Os serviços notariais e de registro são, necessariamente, transferidos à pessoa física, enquanto os serviços públicos em geral o são a pessoas jurídicas; b. Os notários e registradores habilitam-se para a outorga da delegação por meio de concurso público de provas e títulos, quando as empresas e pessoas mercantis disputam a concessão ou permissão dos demais serviços públicos por adjudicação em licitação; c. A permissão e concessão são disciplinadas por cláusulas contratuais, e o regramento dos notários e registradores é expresso na lei e nos atos normativos editados pelo Estado (RIBEIRO, 2009, p. 58).

Os notários exercem uma atividade jurídica-administrativa advinda de delegação do Estado, qualificados desta forma, como agentes públicos, e não enquadrados como servidores públicos.

A doutrina majoritária defende a tese de que os notários são agentes delegados de um serviço público, ou seja, particulares em colaboração com o poder público.

Para o doutrinador Meirelles:

Particulares que recebem a incumbência de execução de determinada atividade, obra ou serviço público e o realizam em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo as normas do Estado e sob permanente fiscalização do delegante. Esses agentes não são servidores públicos, nem honoríficos, nem representantes do Estado; todavia constituem uma categoria à parte de colaboradores do Poder Público. Nessa categoria encontram-se os concessionários e permissionários de obras e serviços públicos, os serventuários de ofícios não estatizados, os leiloeiros, os tradutores e intérpretes públicos, as demais pessoas que recebem delegação para a prática de alguma atividade estatal ou serviço de interesse coletivo (MEIRELLES, 1997, p. 75).

Todavia é essencial preencher os dois requisitos básicos para a caracterização do agente público, que é a investidura em função pública e a natureza pública da função.

Neste mesmo sentido, tem as palavras de Ceneviva:

No direito brasileiro, notário e registrador são agentes públicos, considerando-se que o Poder lhes delega funções, subordinados subsidiariamente, em certos casos, a regras colhidas no regime único previsto na Constituição, sem jamais atingirem, porém, a condição de servidores públicos (CENEVIVA, 2002, p. 30).

O artigo 236 da Constituição Federal/1988 diz que: “[...] os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público e submetidos à fiscalização do Poder Judiciário.” E também define que “[...] o ingresso na atividade notarial depende de aprovação em concurso público de provas e títulos.” (BRASIL, 1988).

Este artigo foi regulamentado pela Lei 8.935/94 e disciplinou as atividades notariais e de registro, as quais integram o direito privado e não mais o público, sendo os notários colaboradores do Poder Público, contratando seus funcionários pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Na mesma lei, em seu artigo 3º, estabelece serem os notários e registradores “profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.”

Assim, nota-se que a atividade exercida pelos notários é de característica privada em colaboração com o Poder Público, e sua natureza jurídica pode ser considerada como híbrida, já que existem estes contrapontos.

### **3 TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL APLICADAS AOS NOTÁRIOS**

Como o Estado não pode se fazer representar em todo território nacional, faz-se necessário a delegação de algumas tarefas a determinados cidadãos, estando entre eles, os tabeliães.

A fé pública notarial, característica da pessoa do tabelião, representa para os atos praticados por ele, o pressuposto de ser considerado a expressão da verdade, salvo incontestável prova em contrário, os atos por ele praticados gozam da crença de serem corretos e autênticos.

Sobre a fé pública Kindel explica que:

A fé pública não representa apenas a veracidade do ato praticado pelo notário e pelo registrador, mas também, engloba a evidência e força probante atribuída pelo ordenamento quanto à intervenção do oficial público em determinados atos ou documentos (KINDEL, 2007, p. 90).

Como estes atos usufruem da presunção *juris tantum* de veracidade, admite-se a ocorrência de erros ou lapsos, levados desta forma, a sofrerem, em alguns casos, alterações e anulações, e são nestes casos que se examina a responsabilidade civil dos notários.

A autora Ribeiro, destaca em seu artigo Público, porém privado, que “[...] notários e registradores públicos são detentores de fé pública e executam atividades e ato, previamente estabelecidos em lei, por delegação do Estado.” (RIBEIRO, 2009, s/p).

A mesma autora ainda menciona que:

Como serviço público delegado, o Estado responderá objetiva e diretamente pelos danos causados por estes. Os executores de serviços delegados, por sua vez, são responsáveis por falhas na execução de seus atos, por omissão, seja pela inobservância das normas jurídicas e da formatação dos atos lavrados por eles ou sob sua direção, devendo, no caso de danos a terceiros, responder pelos prejuízos causados. (RIBEIRO 2009, s/p).

A grande questão sobre este assunto, diz respeito à definição da responsabilidade civil, se de forma objetiva ou de forma subjetiva.

O artigo 22 da Lei 8935/94 que diz: “Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática dos atos próprio da serventia, assegurado aos primeiros o direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos.”

Em contraponto, o artigo 37, § 6º da Constituição Federal trata da responsabilização dos Estados pelos atos de seus agentes, não afastando desta forma a possibilidade da pessoa lesada vir a buscar sua reparação civil diretamente do Estado.

A análise do artigo 22 reforça a objetividade da responsabilização civil, bastando estar presente o nexos causal para que ocorra o dever de indenização, sendo aplicável a estes o parágrafo 6º, art. 37 da Constituição Federal/1988, que pelo fato de se enquadrarem em prestadores de serviço público, responderiam objetivamente pelos danos causados a terceiros.

Outro artigo que reforça a teoria objetiva é o artigo 927, parágrafo único do Código Civil, que deixa visível, a questão da responsabilização independente de dolo ou culpa, admitindo a teoria do risco..

O doutrinador Décio Antônio Erpen, sustenta o fato de que a responsabilidade civil imposta ao Tabelião ou Oficial seja objetiva, e subjetiva a seus prepostos. O mesmo autor sustenta ainda ser a responsabilidade civil decorrente de má prestação dos serviços notariais subjetiva e direta, contrário a não aplicação do artigo 37, § 6 da Constituição Federal aos notários, por estes serem regrados por regulamento próprio e específico que vem definido no artigo 236 da Constituição Federal.

Defende ainda, este mesmo autor, que se os notários forem fiéis ao sistema jurídico, e a atividade por ele exercida causar dano ou prejuízo a outrem, estão isentos de responsabilização, acreditando no fato de que se o profissional prestador deste serviço, em agindo dentro da lei, vier a causar prejuízo a alguém, não há como responsabilizá-lo objetivamente.

Desta forma, entende-se que os profissionais que atuam na área notarial ou ainda seus prepostos que vierem a causar prejuízo a outrem, não são suscetíveis de responsabilização, se estiverem agindo de acordo com a lei, pois não poderão responder por eventuais falhas na sistemática que lhe é imposta pelo ordenamento jurídico, quando exerce o poder de fiscalização dessas atividades.

Como os notários assumiram o papel de consultores jurídicos da sociedade moderna, em prol da famosa segurança jurídica, os erros e falhas cometidas neste

serviço, como exemplo, reconhecimento de firma, erros em escrituras públicas, enfim, que causem a anulação do instrumento público por decisão judicial gera a responsabilização civil.

Porém a grande questão é quanto a definição da aplicabilidade da responsabilização civil por parte destes profissionais, pois a dúvida é de como se dá esta responsabilização civil pelos erros cometidos no exercício de sua função.

Dentre os doutrinadores, a grande maioria, admite a responsabilidade civil objetiva, por conduta omissiva, e a minoritária, entende que não tem como indenizar por um ato não ocorrido, em não se existindo o dolo, não seria admissível a aplicação desta.

Com a publicação da Lei 8.935/94, acreditou-se ter uma forma de definir a responsabilização civil dos tabeliães, registradores e seus prepostos, mas somente o artigo 22 da referida lei e já mencionado é que trata deste assunto, reforçando a objetividade da responsabilidade civil atribuída a essa serventia, bastando ter presente o nexo causal, para que se ocorra o dever de indenizar.

### 3.1 TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

Quanto a responsabilidade objetiva, não se leva em conta se a conduta daquele que causou o dano é culposa ou dolosa, baseia-se apenas no risco e concomitantemente no dever de indenizar.

Como exemplos de responsabilidade objetiva, podem-se citar a Constituição Federal, em seu artigo 37, parágrafo sexto, que prevê a Administração Pública, responda pelos danos que seus agentes causem a terceiros, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente – 6938, que prevê a responsabilidade civil do poluidor por danos causados ao meio ambiente; a Lei de Acidentes de Trabalho - Lei 8213/91, que prevê o direito do empregado acidentado de receber indenização independente da culpa do empregador; o Código de Defesa do Consumidor- 8078/90, que prevê a responsabilidade civil do fornecedor pelos produtos e serviços prestados ao consumidor, dentre outros casos de nosso dia-a-dia.

Em outras palavras, a responsabilidade objetiva é baseada no risco, segundo o qual toda e qualquer pessoa que exercer atividade que crie algum risco ou dano a um terceiro é obrigada a reparar este dano, ainda que sua conduta seja isenta de culpa, pois não se verifica a necessidade de comprovação da culpa, apenas se verifica o dever de indenizar, no momento em que se comprova o dano e o nexo de causalidade entre a ação ou omissão do agente causador e o dano suportado pela vítima.

A corrente doutrinária da responsabilidade civil objetiva dos tabeliães e registradores começou a ser aventada, quando do advento da Constituição Federal/1988, o tabelião e registradores estavam incluídos nas pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, respondendo de forma objetiva pelos danos causados a terceiros.

Alguns anos depois, com o advento da Lei 8.935/94, no seu artigo 22, dispõe que os notários são responsáveis pelos danos que seus atos ou de seus prepostos causarem, podendo regresso pelo delegado do serviço público em face de seus empregados quando estes agirem com dolo ou culpa. Tudo isso deu causa a grande controvérsia existente até hoje sobre a responsabilização dos atos praticados pelos notários e seus prepostos.

Somando-se a análise da parte inicial do artigo 37, § 6º da Constituição Federal/1988, que determina a responsabilidade objetiva para pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, dentre as quais, não se enquadrariam os notários, delegados de serventias extrajudiciais, que agem como pessoas físicas e não pessoas jurídicas ao fato de que existe a ausência de personalidade jurídica da própria serventia, estariam os notários desclassificados como pessoas jurídicas, ficando vedada sua responsabilização.

Na segunda parte do artigo 22 da Lei 8.935/94, diz que existe a possibilidade do tabelião ou registrador, de exercer o direito de regresso no caso do dolo ou culpa de seus prepostos, o que na verdade, como diz Duarte:

Tal regra seria até dispensada, uma vez que o artigo 932, inc. III do Código Civil, prevê a responsabilidade do empregador pelos atos de seus

prepostos, configurando a culpa *in vigilando*, ora reconhecida pela Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal, como responsabilidade objetiva (relação empregador/ empregador), em consonância com o artigo 933, do mesmo diploma, pois determina a prescindibilidade de qualquer prova de que o empregador vigiou mal seu empregado. Poderá também o empregador utilizar ação de regresso contra aquele por quem pagou, conforme dispõe o artigo 934, do Código Civil. (DUARTE, 2005, p. 8).

A natureza objetiva da responsabilidade civil dos notários, quando defendida pelos doutrinadores, traz a tona diversos argumentos plausíveis, dentro os quais, existe a alegação de que os notários em exercendo suas atividades por sua conta e risco, administram suas receitas e despesas, são responsáveis pela contratação de seu quadro funcional, aluguel de prédio para funcionamento da serventia, enfim, contabilizam os prejuízos e lucros auferidos pela atividade delegada.

Outro forte argumento exposto em favor da teoria da responsabilidade objetiva é de que os notários, por serem agentes responsáveis pela segurança jurídica, quando chamados a indenizar terceiros, por atos falhos ou nulos por eles cometidos, garantem à vítima do dano, uma forma mais célere de receber sua demanda, pois se a mesma for arguida diretamente ao Estado, levará muito tempo para se paga, já que o mesmo é feito através de títulos precatórios.

### 3.2 TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

A responsabilidade subjetiva existe em função da culpa ou dolo, por ação ou omissão, lesiva a determinada pessoa. Para Oliveira, citando Carlos Roberto Gonçalves, a culpa é subjetiva quando:

Diz-se, pois ser subjetiva a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser o pressuposto do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade o causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa. (GONÇALVES, 2010, p. 4).

O Código Civil de 1916, no seu artigo 159, assegurava que: Art. 159. Todo aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano, a verificação da

culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código (arts. 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553).

No novo Código Civil, esta regra foi dividida em mais de um artigo, sendo modificadas e inseridas palavras que deixassem claro a intenção do legislador.

Nestes termos, Kindele considera que:

[...] a responsabilidade subjetiva representada em nosso ordenamento jurídico pelo artigo 186 do Código de 2002 (159 do Código de 1916), funda-se basicamente na teoria da culpa. Para esta teoria tem-se como elemento essencial gerar o dever de indenizar o fator da culpa, entendido em sentido amplo (dolo ou culpa em sentido estrito), ou seja, a essência da responsabilidade subjetiva vai assentar, fundamentalmente na pesquisa ou na indagação de como o comportamento contribui para o prejuízo sofrido pela vítima (KINDELE, 2007, p. 36).

Quando se fala em responsabilidade subjetiva temos que ter em mente o que é culpa e o que é dolo para podermos entender a gravidade da responsabilidade do sujeito causador do ato.

A noção de culpa se liga com a de responsabilidade, pois geralmente não é passível de responsabilização a pessoa que agiu com diligência.

No nosso sistema jurídico tem-se que a irresponsabilidade é a regra e a responsabilidade é a exceção.

Assim, se tem a culpa quando a pessoa viola um dever preexistente, podendo este ser oriundo de lei ou de dever particular em outras palavras, a culpa é um erro de conduta, cometido pelo sujeito, em desacordo com os preceitos legais e normas de direito, sem a intenção de prejudicar outrem, e sem a consciência de que seu comportamento poderá causar, ou seja, se comete um erro, sem a intenção de fazê-lo porém este erro é ilícito perante a lei.

Desta forma, a culpa é um dos elementos da conduta humana que compõem o fato típico. Caracteriza-se pela violação ou inobservância de uma regra, que produz dano aos direitos de outros, por negligência, imprudência ou imperícia, ou seja, em razão da falta de cuidado objetivo, sendo, portanto, um erro não-proposital.

Já no dolo, ocorreu o dano porque o agente causador teve a intenção de praticar o fato e produzir determinado resultado: existe a má-fé. Na culpa, o agente não possui a intenção de prejudicar o outro, ou produzir o resultado. Não há má-fé.

Assim é mister que se faça tal distinção para poder entender a gravidade do ato lesivo ao terceiro prejudicado e a intensidade da responsabilidade civil do agente causador do ato danoso.

#### **4 RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO**

Quando o Estado assume o papel de punir o profissional que cometeu o ato em desacordo com a lei, se busca harmonizar a sociedade e, por conseguinte, se teve uma distinção entre a responsabilidade jurídica, que ficou dividida entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil.

Segundo o autor Lopes a responsabilidade civil “[...] significa a obrigação de reparar um prejuízo, seja por decorrer de uma culpa ou de uma outra circunstância legal que a justifique, a culpa presumida, ou por uma circunstância meramente objetiva.” (LOPES, 1995, p. 160).

A responsabilidade civil serve para reparar o dano causado a outrem, e esta se divide em duas grandes espécies: a responsabilidade contratual e a extracontratual.

A primeira corresponde à imposição de reparabilidade do dano em razão de existência de um acordo prévio entre as partes. Ocorre quando determinadas pessoas estabelecem algum acordo de vontade, regendo determinada conduta entre elas. Este contrato passa a valer como verdadeira lei entre as partes e o seu descumprimento por qualquer delas faz surgir o direito de pleitear indenização por aquele que se tornou lesado ante este inadimplemento.

A responsabilidade extracontratual, também chamada de responsabilidade aquiliana tem origem em um ato ilícito, causador de prejuízo.

Enquanto na responsabilidade contratual há um vínculo anterior entre o credor e o devedor, na responsabilidade extracontratual (além do contrato) vínculo poderá não existir.

Neste sentido vale destacar o que o autor Kindel, ensina:

Se o dever de reparar é oriundo de uma relação obrigacional preexistente ou negócio jurídico, diz-se que a responsabilidade é contratual. Tanto é assim, que o artigo 1056 do código Civil prevê, que não cumprindo a obrigação ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devido, responde o devedor por perdas e danos. (KINDEL, 2007, p. 33).

Agora, se existir apenas o dever de reparar o prejuízo, o mesmo autor Kindel, demonstra esta diferenciação no sentido de reparação do prejuízo, “[...] já na responsabilidade extracontratual, o dever de reparar o prejuízo funda-se na transgressão de um dever jurídico imposto pela lei e não fundado em relação obrigacional.” (2007, p.34).

O Estado quando chamado a responder a prejuízos causados, é regido por princípios próprios, pois os danos que causa advêm de atos desempenhados em benefícios de todos, e ao se ter o bônus, deve-se suportar o ônus, então se a sociedade, representada pelo Estado, obteve vantagens, deverá arcar com os encargos.

Há sem dúvida, a responsabilização do Estado por danos causados a outrem, decorrentes de falhas cometidas na atividade notarial, que é chamada de responsabilidade extracontratual.

Existem, porém, divergências quanto à forma desta responsabilização, se a mesma seria subsidiária ou solidária do Estado, ou seja, caberia uma reparação do prestador do serviço, no caso, do notário, ou só se este não ter patrimônio compatível para recompensar o dano, poderia ser proposta a ação contra o Estado.

Nas palavras de Ribeiro, “[...] persiste apenas a responsabilidade subsidiária e supletiva do Estado, nos casos em que o patrimônio dos delegados do serviço público não seja suficiente para reparar os danos causados, no exercício da função pública por eles ou por seus prepostos.” (RIBEIRO, 2009, p. 128).

O mesmo autor explica ainda, que:

Poderá haver, todavia, responsabilidade solidária do Estado em duas situações: nas hipóteses em que houver falha na fiscalização e controle da

atividade e dos delegados pelo Poder Público que outorgou a delegação e, sempre que, caracterizada a situação de vacância, o Estado designar uma pessoa, para provisória e precariamente, responder pelo expediente da unidade vaga, até seu provimento mediante realização de concurso público. (RIBEIRO, 2009, p. 128).

Nos casos de designação de pessoas para responder pelo expediente de serventia vaga, as mesmas atuam em nome do Estado, que, com elas, responde de forma direta e solidária, arcando desta forma, com a má escolha do agente delegado, cujo patrimônio não seja capaz de reparar o dano a terceiros.

Nas conclusões de Gandini sobre o seu trabalho de responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva, o mesmo afirma que:

A evolução da responsabilidade do Estado, no sentido de sua objetivação, fica ainda, mais evidente quando se constata a redação do Art. 43, do novo Código Civil de 2002, que deixou absolutamente claro que a perquirição sobre a presença do elemento subjetivo (culpa ou dolo) seria tão somente na ação regressiva (do Estado) em face do (agente) causador do dano (GANDINI, 2011, s.p.).

A atividade notarial é exercida por delegação, em caráter privado, o Estado responde objetivamente pelos atos dos notários e das pessoas por ele contratadas, que uma vez condenado, tem direito de regresso contra o notário, conforme preceitua o artigo 37, § 6º da Constituição Federal/1988.

O Estado ao conceder a delegação, confere autonomia ao notário, que passa a sofrer a fiscalização do mesmo, que somente poderá ser responsabilizado, em função de falha ou falta do serviço, sob a forma de omissão, e quem chama a atenção sobre este assunto é o professor Mello que afirma:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-lhe a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumprir dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo (MELLO, 2007, p. 981).

Assim, nos casos de atos lesivos praticados pelos notários, na visão do Estado são omissivos, pois são praticados por autonomia e independência dos mesmos, respondendo o Estado, nestes casos, de forma subjetiva e subsidiária.

Notadamente, a maioria dos doutrinadores, caracterizam os serviços delegados, de natureza atípica e não de agente público, por isso concordam com a subsidiariedade do Estado para a responsabilidade civil dos notários, sendo aplicada de forma direta e subjetiva a estes e, de forma indireta e subsidiária ao Estado.

## CONCLUSÃO

Percebe-se em relação ao tema proposto, quanto a aplicabilidade da responsabilização civil aos notários, pelos erros cometidos a terceiros, no exercício da função pública delegada, que ainda há muito caminho a se percorrer para que se tenha uma definição da forma adequada de responsabilizar os notários pelo erros ou falhas funcionais.

Como já se viu desde o início deste trabalho, o tema estudado ainda gera muitas divergências entre a doutrina e a jurisprudência, não tendo uma solução definitiva.

Desde os primórdios de nossas leis, percebemos que várias transformações foram acontecendo no meio jurídico para chegarmos ao que temos atualmente, a respeito do instituto da responsabilidade civil.

Só o fato de termos medidas judiciais mais equilibradas, já é um grande alento para toda a sociedade, pois, inadmissível era o fato de que, antigamente, para punir os delitos praticados, se gerasse mais violência.

Ao analisarmos a lei civil brasileira, percebemos uma evolução normativa, dentro dos artigos estudados, que facilita um melhor entendimento dentro das normas atuais no que tange ao assunto aqui esmiuçado.

Antigamente, os notários eram donos de suas serventias, as quais eram passadas por herança ou ainda, atos *intervivos*, hoje, a delegação do serviço se dá somente por meio do concurso público, ficando a titularidade com o Estado, o qual delega ao particular, que o exerce, em caráter privado.

A Carta Magna, no seu artigo 37, § 6º, no seu início, não inclui os notários como responsáveis pelo atos de seus agentes, por não serem pessoas jurídicas. Já, na parte final deste dispositivo, enquadra-os como agentes, por exercerem sua atividade por delegação do Estado, o que possibilita o direito de regresso nos atos culposos ou dolosos dos agentes, mas, a ausência de personalidade jurídica, veda a responsabilização objetiva.

No mesmo dispositivo legal, em seu artigo 236 e seus parágrafos, ficam claras algumas regras mais específicas quanto a responsabilidade desses delegados, determinando ainda, criação de lei regulatória e disciplinatória da responsabilidade civil e criminal dos notários e seus prepostos.

Eis que surge a Lei 8.935/94 e lá no seu artigo 22 já rege que os notários responderão pelos danos que eles e seus prepostos causarem a terceiros, assegurando ao titular da serventia, o direito de regresso, quando seus funcionários agirem em dolo ou culpa e, em não existindo esta, é o Estado responsabilizado objetivamente pelos danos causados, ficando claro neste artigo, que a regra, independentemente de existir culpa, é de que os notários respondem subjetivamente pelos seus erros.

Com relação a responsabilização por parte do Estado, seria mais adequado, entender que a mesma seja solidária, cabendo ao terceiro prejudicado, buscar a reparação diretamente do Estado, que responderá de forma objetiva.

Apesar de doutrinas e jurisprudências mostrarem diversos posicionamentos acerca deste assunto, o que se tem bem nítido é que a teoria da responsabilidade objetiva torna a atividade notarial uma prática mais segura aos titulares da delegação.

Já a aplicação da teoria subjetiva de responsabilização civil, resolveria os problemas dos notários quanto as suas funções diárias e, facilitaria o andamento das serventias, pois estariam mais seguros para a prática dos atos lhes incumbidos.

Caso contrário, acredita-se tornar inexecutível o exercício desta função, pois nenhum profissional desta área poderá ser obrigado a indenizar por um dano que não teve intenção de ocasionar e, não se pode negar, que os notários são grandes

contribuidores para a harmonia e a paz social, vez que trazem confiabilidade aos atos praticados, exercendo suas funções de modo a prevenir futuros litígios.

Não é a toa que com a interpretação da vontade das partes de forma correta, a imparcialidade, o documento livre de vícios, a atividade notarial vem ganhando a cada dia mais respeito, basta ver, o número reduzido de escrituras e atos públicos nulos ou anulados, evitando-se lides judiciárias que abarrotam os tribunais.

Como a tendência do mundo moderno é de eficiência e agilidade nos documentos negociais, podemos inserir neste contexto, a função notarial, exercida de forma imparcial, cautelosa e preventiva de litígios.

Cabe à atividade notarial, na pessoa do notário, que no exercício de sua função, que vai do assessoramento às partes, colhida de informações, de forma imparcial, até a configuração do documento público legal e legítimo, garantir de forma mais específica e contundente, na aplicabilidade da responsabilização civil nos erros cometidos perante terceiros.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Luciana Rodrigues. Introdução ao Direito Notarial e Registral. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 10, n.691, 27 maio 2005. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em 28 nov. 2011.

BOLZANI, Henrique. **A responsabilidade Civil dos Notários e Registradores**. Porto Alegre: LTr, 2006.

BRANDELI, Leonardo. **Teoria geral do direito notarial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BRASIL. **Constituição Federal**. Vade Mecum. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos Notários e Registradores comentada (Lei 8935/94)**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

COMASSETTO, Miriam Saccol. **A função notarial como forma de prevenção de litígios**. Porto Alegre: Norton, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. V. 7. São Paulo: Saraiva, 1984.

DIP, Ricardo. Da responsabilidade civil e penais dos oficiais registradores.  
In: **Revista de Direito Imobiliário IRIB**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, n.53, jul/dez, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DUARTE, Flávio Henrique. **A responsabilidade civil do tabelião e do registrador**. Disponível em: <<http://www.anoregmt.org.br>>. Acesso em: 28 nov. 2011.

ERPEN, Décio Antonio. **Responsabilidade Civil, Penal e Administrativa dos Notários e Registradores**. São Paulo: IRPDPJ, 1998.

FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas Técnicas para Trabalho Científico: Explicitação das Normas da ABNT**. 15. ed. Porto Alegre: s.n, 2011.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. **A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva**. Disponível em: <<http://www.ufsm.br>>. Acesso em 28 nov. 2011.

KINDEL, Augusto Lermen. **Responsabilidade Civil dos notários e registradores**. Porto Alegre: Norton Editor, 2007.

MAIA, Ana Cristina de Souza. Responsabilidade civil dos notários e registradores. **Jus Navegandi**, Teresinha, ano 7, n. 6, 1 abr. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br>>. Acesso em 10 jun. 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

NEGRÃO, Theotônio. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil Revogado. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil Brasileiro e legislação civil em vigor. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Charles Soares de. **Aspectos polêmicos sobre a responsabilidade civil do notário e registrador**. Clubjus, Brasília-DF: 14 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br>>. Acesso em 28 nov. 2011.

RIBEIRO, Luis Paulo Aliende. **Regulação da Função Pública Notarial e de Registro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIBEIRO, Sheila Maria Reis. **Público, porém privado**: uma visão sobre as funções notariais e registrais no Brasil. 2009. Disponível em: <<http://www.anoreg.org.br>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

STOCCO, Rui. **Tratado da responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

## ENTENDENDO O FENÔMENO DO ASSÉDIO MORAL (MOBBING) NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: UMA ABORDAGEM A PARTIR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES

Luciano de Almeida Lima<sup>1</sup>  
Fabiane da Silva Prestes<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente estudo aborda o assédio moral nas relações trabalhistas, seu conceito, elementos e limites, levando em consideração os direitos fundamentais dos trabalhadores, buscando verificar como o mesmo se dá, aventando as possibilidades, conseqüências jurídicas e repercussões legais, quando da ocorrência do mesmo, através de uma pesquisa exploratória e bibliográfica, a partir do método de abordagem dedutivo e hermenêutico.

**Palavras-chave:** assédio moral nas relações trabalhistas – direito do trabalho – direitos fundamentais.

### RESUMEN

Este estudio aborda el acoso moral en las relaciones laborales, su concepto, elementos y sus límites, teniendo en cuenta los derechos fundamentales de los trabajadores que buscan comprobar que lo mismo sucede, avivando las posibilidades y consecuencias de la ley donde la ocurrencia de la misma, y sus repercusiones legal a través de una investigación exploratoria y bibliográfica, desde el método deductivo y el enfoque hermenéutico.

**Palabras clave:** El acoso moral en las relaciones laborales - Derecho del Trabajo - Los derechos fundamentales.

### INTRODUÇÃO

O tema do presente estudo – Assédio Moral nas relações trabalhistas, foi escolhido em face da sua fundamental importância, não só para o mundo jurídico,

<sup>1</sup> Mestrando em Direito. Área de Concentração: Direitos Humanos, pela Universidade do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI. Santiago/RS - Brasil. Bolsista FAPERGS. Email: adv.almeidalima@gmail.com

<sup>2</sup> Mestranda em Direito. Área de Concentração: Direitos Humanos, pela Universidade do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI. Santiago/RS Bolsista da Capes. Email: fabianeprestes@gmail.com

mas também para o âmbito das relações sociais onde o ser humano deve ocupar o seu lugar de cidadão, detentor de direitos e deveres. Neste âmbito o trabalhador deve ter seus direitos fundamentais respeitados não podendo sofrer qualquer tipo de violência no que diz respeito a sua dignidade.

O Assédio Moral é um tema desconhecido para maioria dos trabalhadores, mas que afeta diretamente suas vidas e seus direitos fundamentais mais importantes.

A falta de conhecimento sobre o assédio moral nas relações trabalhistas e suas graves consequências para toda sociedade, muito se deve ao fato de que durante muito tempo o tema careceu de discussões, tanto no âmbito jurídico, como no âmbito social, motivo pelo qual objetivou-se fazer a análise e reflexão do mesmo através do presente estudo, para que hodiernamente tenhamos uma sociedade mais consciente e justa no que se refere aos direitos de seus cidadãos.

Nesse sentido, através de uma pesquisa exploratória e bibliográfica, a partir do método de abordagem dedutivo e hermenêutico, pretende-se verificar quais são as repercussões legais em caso de assédio moral nas relações trabalhistas. Buscar-se-á no presente estudo, conceituar e definir os contornos e limites, do assédio moral nas relações trabalhistas, seus elementos essenciais, verificando como o mesmo se dá, para que por sua vez possa-se aventar as possibilidades legais e consequências jurídicas existentes e ainda em discussão, quando da ocorrência do mesmo.

## **1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RELAÇÕES TRABALHISTAS**

O direito tem efeitos na vida do homem desde sua concepção, estende-se por toda sua vida, assegurando-lhe a liberdade, a integridade física e moral através dos direitos fundamentais,<sup>3</sup> que nada mais são, que os direitos humanos incorporados a Constituição de cada país, vistos então como fundamentais para seus cidadãos.

---

<sup>3</sup> A Declaração dos Direitos Humanos preceitua tais conceitos através de seus artigos 28-30.

No Estado democrático de direito em que vivemos a preocupação do Estado com os direitos humanos e a efetiva proteção dos direitos fundamentais, se torna um ideal a ser buscado, a fim de conciliar os direitos individuais de cada cidadão com os demais direitos da coletividade (sociedade).

Assim entende BOBBIO:

A liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um dever ser. (...) a comunidade internacional se encontra hoje diante não só do problema de fornecer garantias válidas para aqueles direitos, mas também de aperfeiçoar continuamente o conteúdo da Declaração Universal dos Direitos do Homem. (BOBBIO, 1992, p. 27).

Sendo os direitos humanos importantíssimos para vida em sociedade, se faz relevante observarmos, como os mesmos podem ser classificados, a fim de melhor compreendermos esse conjunto de direitos indispensáveis, em um país democrático que busca assegurar os direitos e as liberdades de seus cidadãos.

Nesse interesse, os direitos humanos podem ser classificados como de primeira, segunda, terceira e quarta geração.

Os de primeira geração tem como foco principal **a liberdade**. Os de segunda geração a igualdade, incluindo os direitos sociais culturais e econômicos. Os de terceira geração incluem o humanismo e universalidade, com ênfase na proteção ambiental e proteção aos consumidores<sup>4</sup>.

E por fim, os direitos humanos de quarta geração tratam mais especificamente sobre a proteção do patrimônio genético de cada indivíduo (LENZA, 2004, p. 408-409).

Diante de tal classificação, dentre todos os direitos humanos tidos como fundamentais, pois previstos na nossa Carta Magna, a **liberdade** sem dúvida é um dos mais importantes para a vida humana, devendo sempre estar aliado ao conceito de dignidade, para que por sua vez demonstre sua real efetividade.

Nesse sentido a Constituição Federal do nosso país em seu texto, confere dignidade e especial proteção aos direitos fundamentais, porquanto estabeleceu a

<sup>4</sup> São vistos como direitos de solidariedade.

aplicação imediata das normas definidoras e garantidoras de tais direitos (BRASIL, 1988, art. 5º § 1º).

Dito isto, podemos observar que tais preceitos estendem-se também as relações trabalhistas. A própria Organização Internacional do Trabalho – OIT nº 11, dispõe sobre princípios relativos aos direitos fundamentais, entre os quais destacam-se, no Art. 2º da OIT, “[...] a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório e a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.” (OIT, 1998).

No Brasil, a Constituição Federal no decorrer de seu texto prevê dentre outros, como direitos fundamentais de todos seus cidadãos o direito ao trabalho, prevendo seu livre exercício e respeito aos seus valores sociais, proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, assegurando a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, seguramente temos o direito do trabalho como parte integrante dos direitos humanos fundamentais em nosso país, sendo assegurado a todo trabalhador o *direito ao trabalho digno, através da liberdade e do respeito nas relações trabalhistas*.

As condições dignas de trabalho representam os direitos dos trabalhadores, meio pelo qual se busca a melhoria das condições sociais (SILVA, 2005, p. 240).

Nesse pensar todas as ações que violem tais preceitos, por exemplo, a prática do assédio moral, devem ser evitadas e extintas, a fim de que a dignidade da pessoa humana seja respeitada, principalmente no campo das relações trabalhistas, onde não poderá haver práticas discriminatórias ou humilhantes, sob pena de estarem sendo feridos direitos fundamentais importantíssimos assegurados em nossa Constituição.

Não se pode ignorar o valor da dignidade humana que impõe-se como imprescindível hodiernamente, servindo como norte para interpretação e compreensão do sistema constitucional brasileiro dentre o qual o **trabalho** aparece como um dos pontos principais, um direito social que deve ser garantido a todos os cidadãos.

## **2 ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO**

São inúmeras as condutas que podem configurar o assédio moral nas relações trabalhistas. Podemos exemplificar as formas mais comuns como: rigor excessivo; diligenciar tarefas inúteis ou degradantes ao empregado; exercer desqualificação ou críticas em público; ameaças e exploração de fragilidades psíquicas e físicas; exposição ao ridículo; divulgação de doenças e problemas pessoais de forma direta ou pública; atribuição de tarefas estranhas à atividade profissional do empregado, para humilhá-lo, deixando-o exposto a situações vexatórias; solicitação de trabalhos urgentes para depois jogá-los no lixo ou na gaveta; imposição de horários injustificados, dentre outras tantas que atinjam a dignidade do trabalhador (CAPELARI, 2010, p. 54).

Neste ponto convém explicitarmos que quando se trata de assedio moral nas relações de trabalho, não se inclui nessa modalidade somente os trabalhadores empregados ou que tenham seu contrato de trabalho disciplinado pela CLT, e sim fazem parte também, os regidos por lei especifica, como o caso dos empregados domésticos e servidores públicos.

Assim, pode ocorrer Assédio Moral com todo trabalhador contratado, sob qualquer forma, desde que dentro das relações trabalhistas, não se limitando também somente aos atos praticados dentro do local de trabalho(empresa), posto que o exercício profissional pode ocorrer fora do ambiente de trabalho, como por exemplo, o caso dos vendedores externos.

Neste caso, o assédio pode ocorrer, por exemplo, quando o empregador desmerece reiteradamente seu vendedor perante seus clientes, com fins de prejudicar suas vendas.

No mesmo contexto, outro exemplo que podemos considerar, são nos casos onde há alguma comemoração da empresa, festas de final de ano, ou ainda comemoração de metas de venda, e o trabalhador é vitima de chacotas e/ou humilhações que firam sua dignidade e sua moral, nestes casos também, somados com a conduta reiterada do(s) agressor(es) configura-se o Assédio Moral.

Portanto, essencial para que seja caracterizado o assédio moral nas relações trabalhistas é que as humilhações feitas sejam realizadas em decorrência direta ou indireta da relação de trabalho, não tendo que acontecer necessariamente dentro do estabelecimento da empresa.

Portanto, mesmo que os fatos que configurem o assedio moral se dêem fora do ambiente de trabalho, e até mesmo fora do horário de serviço, mas em decorrência deste, estarão presentes os requisitos necessário para o assédio moral, posto que ocorrem em função do serviço (SILVA, 2005, p.12).

## 2.1 CONCEITO E ELEMENTOS

Assédio moral ou violência moral no trabalho não é um fenômeno novo. Pode-se dizer que ele é tão antigo quanto o trabalho. O que tem se destacado atualmente é a intensidade, gravidade, amplitude em que tal fenômeno tem acontecido em nossa sociedade (BARRETO, 2000, p. 15).

O assédio moral pode ser compreendido como manipulação perversa ou terrorismo psicológico, assim, toda prática que atente sob qualquer forma e pretexto a dignidade do trabalhador, feita de forma contínua e duradoura, no âmbito das relações trabalhistas pode ser considerada como assédio moral.

A psiquiatra francesa Hirigoyen foi uma das primeiras a conceituar assédio moral através de seus estudos, entendendo o mesmo como sendo qualquer “[...] conduta abusiva, em razão de sua repetição ou sistematização, que atente contra a personalidade, dignidade e integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego e degradando o ambiente de trabalho.” (HIRIGOYEN, 2000, p. 25).

Dentre os termos mais comumente empregados para sua definição o termo *Mobbing* é utilizado para sua definição na Alemanha, Itália e países escandinavos, já na Inglaterra o termo preferido é *bullying*.

Para Guedes, *Mobbing* (ou *bullying*) significa todos aqueles atos e comportamentos provindos do patrão, do superior hierárquico ou dos colegas, que traduzem uma atitude de contínua e ostensiva perseguição que possa acarretar

danos relevantes de ordem física, psíquica e moral da vítima (GUEDES, 2003, p. 23).

Uma das características importantes que deve ser considerada quando falamos de assédio moral no ambiente de trabalho é a continuidade. Hirigoyen pondera que “[...] uma agressão verbal pontual, a menos que tenha sido precedida de múltiplas pequenas agressões, é um ato de violência, mas não é assédio moral, enquanto que reprimendas constantes o são, sobretudo se acompanhadas de outras injúrias para desqualificar a pessoa.” (HIRIGOYEN, 2000, p. 31).

Observando tais conceitos, percebemos que quando há nas relações laborais abuso de poder, manipulação perversa e discriminação de forma continuada, entende-se que está configurado o assédio moral no ambiente de trabalho, sendo que a vítima pode ser tanto o empregado, quando assediado por um superior hierárquico, como o superior hierárquico, quando assediado por um grupo de empregados que querem de forma perversa excluir o chefe do ambiente de trabalho.

## 2.2 ASSÉDIO MORAL COMO PRÁTICA CONTRA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR

Todas estas práticas que atentem contra a integridade psicofísica do ser humano, atentam por sua vez contra a sua própria dignidade, princípio fundamental, presente no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

Neste âmbito, deve ser afastada qualquer afronta à integridade física ou psíquica de qualquer pessoa, principalmente quando se trata do trabalhador, já que como observado, pelos amplos conceitos que vislumbramos de assédio moral, tais ações, sejam por parte dos próprios trabalhadores, sejam por parte dos superiores hierárquicos atingem diretamente a dignidade destes.

Assim prevê o artigo 170 da Constituição Federal: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna conforme ditames da justiça social”. Portanto as atividades empresariais devem sempre desenvolver-se regularmente, sem quaisquer táticas que afrontem à dignidade do trabalhador.

Não pode a sociedade ignorar os fins sociais presentes na Constituição Federal, ao admitir que o trabalhador seja tratado como objeto, sofrendo práticas perversas, expressamente vedadas.

### 2.3 CLASSIFICAÇÃO DOS DIVERSOS TIPOS DE ASSÉDIO MORAL: VERTICAL (DESCENDENTE E ASCENDENTE), HORIZONTAL E MISTO

A prática de Assédio Moral pode ser praticado por qualquer trabalhador, não sendo necessariamente praticado exclusivamente por um superior hierárquico, apesar deste ser o tipo de assédio mais comum, o Assédio Moral pode ser praticado também por um subalterno contra o seu superior hierárquico e até mesmo por um colega contra o outro.

A classificação quando falamos em Assédio Moral ou *mobbing* mais usualmente utilizada no Brasil é a do critério de direção, onde leva-se em consideração o grau de hierarquia do assediador e sua vítima (HIRIGOYEN, 2000, p.112).

Se o assédio moral se dá por parte do superior hierárquico em direção ao seu subalterno, ter-se-á o chamado *assédio moral vertical descendente*.

No pensar de Hirigoyen, este tipo de assédio moral tem efeitos muito mais graves sobre a saúde do trabalhador do que no assédio moral horizontal, já que é praticado diretamente pelos superiores hierárquicos, a vítima nesses casos se sente completamente desamparada não sabendo a quem recorrer (HIRIGOYEN, 2000, p. 112).

Ao contrário senso, se o assédio moral for praticado contra o chefe, configurar-se-á o *assédio moral vertical ascendente*. Este tipo de assédio apesar de raro tem consequências igualmente destruidoras.

Por outro lado, se o assédio ocorrer entre trabalhadores do mesmo nível hierárquico, ter-se-á o *assédio moral horizontal*. Conforme Hirigoyen, este tipo de assédio é mais comum quando dois empregados disputam a obtenção de um cargo ou uma promoção (HIRIGOYEN, 2000, p. 113). Nesta forma de assédio, comumente

um dos trabalhadores pode começar a denegrir a imagem do outro perante o patrão e os próprios colegas, com fins de obter promoção.

Já o *assédio moral misto* ocorre quando há uma mistura entre o assédio moral vertical descendente e o horizontal. Neste caso o chefe consegue a colaboração dos próprios colegas do assediado para a prática do assédio.

Para Hirigoyen, quando uma pessoa se acha nessa situação de vulnerabilidade, ameaçado por causa de um superior hierárquico ou por colegas, a prática se estende rapidamente a todo o grupo de trabalho (HIRIGOYEN, 2000, p. 114). A pessoa passa a ser considerada responsável por tudo que dê errado. Em pouco tempo ninguém mais a suporta e, mesmo que alguns não sigam a opinião do grupo, não ousam discordar, um verdadeiro efeito dominó contra o assediado.

### **3 AS REPERCUSSÕES LEGAIS EM CASO DE ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS**

São inúmeras as conseqüências e efeitos que o assédio moral causa na vida do trabalhador não só no campo pessoal da vítima, como familiar. A família sofre tanto quanto o assediado ao presenciar seu trauma pelas perseguições sofridas, causando na maioria dos casos a exclusão social do trabalhador, onde este deixa de se relacionar, com colegas, amigos e a própria família.

O curioso é que mesmo prevendo-se todos esses efeitos ainda não há qualquer previsão legal específica no Brasil, seja referente à Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, seja referente ao Código Penal – CP.

Existem atualmente apenas algumas regulamentações esparsas principalmente no âmbito da administração pública municipal e estadual (SILVA, 2005, p. 158).

A ausência de uma legislação específica que coíba tal prática, reflete negativamente na sociedade como um todo, já que milhares de trabalhadores assediados desenvolvem doenças graves que por sua vez irão refletir na superlotação dos hospitais para tratamento das doenças causadas em decorrência do assédio moral (HIRIGOYEN, 2000, p. 103).

Além do mais, o empregado após 15 (quinze) dias de licença médica, passa não mais a depender financeiramente da empresa e sim do Estado (previdência social), podendo, dependendo do dano causado, ocorrer inclusive uma aposentadoria por invalidez, o que além de ferir direitos constitucionais, como a dignidade do trabalhador e de toda sociedade, gera um custo exorbitante tanto para o Estado como para as empresas (parte empregadora).

Assim é de suma importância a reflexão e a busca da criação de uma legislação própria no país para o tema, sob pena de estarmos fechando os olhos para uma prática tão cruel que é o assédio moral nas relações de trabalho.

Como já mencionado anteriormente não existe nenhuma legislação federal dispendo especificamente sobre a proibição do assédio moral nas relações de trabalho, seja do ponto de vista trabalhista, seja do ponto de vista penal.

Existem sim alguns projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional a fim de que tenhamos uma legislação federal, inclusive tipificando o assédio moral como crime, a exemplo dos Projetos de Lei nº 4.742/2001 e nº 5.971/2001 (ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO, 2013).

O primeiro projeto pretende incluir no Código Penal o artigo 146-A com a seguinte redação:

Art. 146-A: Depreciar, de qualquer forma e reiteradamente a imagem ou o desempenho de servidor público ou empregado, em razão de subordinação hierárquica funcional ou laboral, sem justa causa, ou tratá-lo com rigor excessivo, colocando em risco ou afetando sua saúde física ou psíquica. Pena - "detenção de um a dois anos. (BRASIL, 2002).

O segundo projeto propõe a inclusão no Código Penal do artigo 203-A, "Coação moral no ambiente de trabalho", com a seguinte redação:

Art. 203-A: Coagir moralmente empregado no ambiente de trabalho, através de atos ou expressões que tenham por objetivo atingir a dignidade ou criar condições de trabalho humilhantes ou degradantes, abusando da autoridade conferida pela posição hierárquica. Pena – Detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa. (BRASIL, 2002).

Por outro lado, pequenos avanços têm sido percebidos como a aprovação do Projeto Lei Nº 4.326/2004, que instituiu o dia 02 (dois) de maio o Dia Nacional de Luta contra o Assédio Moral, ou ainda mais recentemente em 2009 a aprovação da Lei 11948/09 que em seu artigo 4º veda a concessão ou renovação de qualquer empréstimo ou financiamento pelo BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, as empresas que tenham práticas de assédio moral (ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO, 2013).

Já no que se refere ao âmbito Estadual e Municipal o que se percebe são algumas iniciativas mas que possuem alcance somente com relação aos servidores públicos. Conforme Zannet, a primeira aparição da proteção legal contra o assédio moral no Brasil foi através do Projeto de Lei nº 425/1999 proveniente da Câmara Municipal de São Paulo, que se tornou a Lei municipal nº 13.288 em 2002 (ZANNET, 2013). Enquanto o referido projeto tramitava o município de Itacemópolis, também no Estado de São Paulo, publicou a primeira lei municipal sobre o tema, assédio moral coibindo tal prática, porém, restrita aos servidores públicos, através da Lei nº 1.163/2000.

No mesmo caminho, vários outros municípios estão criando ao longo dos anos leis referentes ao tema, a fim de se coibir a prática de assédio moral. Como exemplo, podemos mencionar o município de Porto Alegre, RS que em 2004 aprovou Lei Complementar alterando o Estatuto dos Funcionários Públicos do Município, proibindo o assédio moral. Assim como Porto Alegre, outros municípios, tanto do Rio Grande do Sul como de outros Estados, como Santa Catarina, Paraná, Minas Gerais, Bahia entre outros, têm se preocupado na criação de legislação que proíba a prática do assédio moral nas relações de trabalho (ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO, 2013).

No âmbito estadual, o Estado do Rio de Janeiro foi o primeiro a publicar uma lei contra o assédio moral, o que ocorreu através da Lei nº 3.921, de 23 de agosto de 2002, vedando a prática do assédio moral no âmbito dos órgãos, repartições e entidades Estatais.

Posteriormente em 2006 o Estado do Rio Grande do Sul através da Lei Complementar nº 12.561/06, dispôs sobre a proibição da prática do assédio moral no âmbito da administração pública estadual direta de qualquer de seus poderes e instituições autônomas. No mesmo sentido tivemos os Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul, os quais também instituíram no âmbito estadual leis que coíbem o assédio moral no âmbito da administração pública (ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO, 2013).

Ainda que não exista nenhuma legislação federal específica sobre o tema, a proteção contra o assédio não deve ficar desprotegida, assim os princípios gerais do direito, como o da proteção a dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, a doutrina e a jurisprudência devem e estão sendo utilizados para proteger os direitos do trabalhador assediado.

Não poderia ser de outra maneira já que a dignidade humana amplamente protegida pela Carta Magna do nosso país é diretamente atingida quando observamos o assédio moral, que atinge a pessoa humana de tal forma a ferir completamente sua personalidade.

Tal comportamento é inaceitável, já que sendo a dignidade um princípio que deve sempre ser buscado, visto como o norte a apontar os limites e alcances de todas as demais normas legais, o mesmo deve ser resguardado.

Para Tepedino, “[...] a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, [...] configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana.” (TEPEDINO, 2003, p. 34).

Outros fundamentos constitucionais também são utilizados quando se trata de assédio moral nas relações de trabalho, podemos citar os artigos 7º, inciso XXII, 170, inciso VI e 225, *caput*, os quais obrigam o empregador a garantir um meio ambiente de trabalho seguro e sadio, livre de fenômenos maléficos que causem danos à saúde física e/ou psíquica do trabalhador, como é o caso do assédio moral, sob pena de ser responsabilizado.

No mesmo passo temos no Código Civil brasileiro que pode ser utilizado para responsabilizar as praticas de assedio moral. Dispõe o referido diploma legal, que

aquele que causar dano a outrem será obrigado a repará-lo (BRASIL, art. 186 e 927), sejam tais danos morais ou materiais.

Ainda encontramos, entre outros, a proteção do empregado através da CLT em várias alíneas do art. 483, capazes de autorizar a **rescisão indireta**, além de indenização por danos morais e/ou materiais causados pelo empregador (BARROS, 2005, p. 874).

No mesmo liame, a legislação celetista em seu art. 482, incisos b, j e k, no que se refere ao assédio moral cometido por empregado em relação ao colega de serviço ou superior hierárquico, também pode ser aplicada para caracterização da rescisão por justa causa (ALKIMIN, 2006. p. 103).

Barros entende que o trabalhador deve ter um ambiente de trabalho sadio, podendo exercer suas atividades com tranquilidade (BARROS, 2005, p. 865). Nesse aspecto o desrespeito a honra dos trabalhadores engloba não apenas os crimes contra a honra especificamente, mas outros comportamentos capazes de ofender a sua a dignidade, os quais devem ser igualmente punidos, como é o caso do assedio moral. Por todo o exposto podemos perceber que ainda há muito o que avançarmos no campo do assédio moral no que se refere a uma legislação específica de âmbito federal, porém aos poucos iniciativas tem surgido fazendo com que cada vez mais se debata e se avenge o tema para a sociedade como um todo, devendo o direito acompanhar sempre as mutações sociais.

## CONCLUSÃO

Como se pode observar com o presente estudo, o assédio moral não é um fenômeno novo e não se restringe ao ambiente de trabalho. A reflexão e a discussão sobre o tema se torna cada vez mais importante, eis que as conseqüências geradas quando do acontecimento do assedio moral nas relações trabalhistas não se restringem à vida da vítima, mas estende-se a própria sociedade de forma ampla.

Pensar e repensar o tema tem contribuído na elaboração doutrinária e jurisprudencial, assim como, na edição de projetos de lei que coíbam a prática do assédio moral nas empresas, a exemplo de algumas leis já aprovadas.

Embora tímida e a passos lentos a regulamentação específica sobre o tema assédio moral no âmbito federal, tem sido cada vez mais o foco de vários debates, onde tem se proporcionado o entendimento e a consciência da importância da regulamentação do tema, que por muito tempo foi ignorado pela sociedade brasileira.

Deve-se buscar a criação de uma lei que se estenda não só ao assediador, mas, também as empresas que permitem a prática do assédio moral em seu ambiente de trabalho, sendo uma forma de garantir os direitos fundamentais dos trabalhadores, a dignidade e a saúde do trabalhador, que tem direito de um ambiente de trabalho sadio. Só assim os direitos sociais poderão alcançar sua efetividade.

## REFERÊNCIAS

ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio Moral na relação de emprego**. Curitiba: Juruá, 2006.

BARRETO, M. **Uma jornada de humilhações**. São Paulo: FAPESP; PUC, 2000.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**, São Paulo: LTr, 2005

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Coleção RT Mini Códigos. 6. ed. rev., atual. São Paulo: RT, 2005.

\_\_\_\_\_. **Código Civil**. Coleção RT Mini Código Constituição, Código Civil, Código de Processo Civil. Organizador Yussef Said Cahali; obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais. 9. ed. ver., atual. e ampli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **LEI Nº 9.029, DE 13 DE ABRIL DE 1995**. CLT. Coleção RT Mini Códigos. Constituição Federal – Consolidação das Leis do Trabalho – Legislação Trabalhista e Previdenciária. Organizador Nelson Mannrich. 6. ed. rev., atual. São Paulo: RT, 2005.

CAPELARI, Luciana Santos Trindade. **O assédio moral no trabalho e a responsabilidade da empresa pelos danos causados ao empregado**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/42494>>. Acesso em: 25 out. 2010.

GUEDES, Marcia Novaes, **Terror Psicológico no Trabalho**. São Paulo: LTr. 2003.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio Moral: a violência perversa no cotidiano**. Tradução de Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Método, 2004.

SILVA, Jorge Luiz de Oliveira da. **Assédio moral no ambiente de trabalho**, Rio de Janeiro: EJ, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo código civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO. Disponível em: <[www.assediomoral.org/spip.php?rubrique3](http://www.assediomoral.org/spip.php?rubrique3)>. Acesso em: 03 mar. 2013.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. OIT. Disponível em: <[www.oitbrasil.org.br/info/downloadfile.php?fileId=356www.onu-brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.oitbrasil.org.br/info/downloadfile.php?fileId=356www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php)>. Acesso em: 03 mar. 2013.

ZANETT, Robson. **Assédio Moral no Trabalho**. E-book. Disponível em: <<http://robsonzanetti.com.br/wordpress/?p=98#12664598279328737>>. Acesso em: 24 mar. 2013.

## **NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO PREVIDENCIÁRIO (NTEP): BREVE ANÁLISE ACERCA DO INSTITUTO PREVIDENCIÁRIO**

Fábio Adriano da Silva<sup>1</sup>  
Niki Frantz<sup>2</sup>

### **RESUMO**

O presente artigo tem como objetivo principal apresentar breve análise quanto a conceitos e institutos previdenciários, tais como o acidente de trabalho, as doenças ocupacionais, destacando e apresentando argumentações acerca do Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário. A pesquisa apresentará fundamentação constitucional e infraconstitucional brasileira acerca do tema, tendo como escopo central a prestação de esclarecimentos quanto ao recente instituto. Criado através de lei e implementado pela autarquia federal, o instituto é polêmico e, por essa razão, a pesquisa objetiva especificamente retratar como vem sendo entendido pelos doutrinadores da área, destacando a subjetividade quanto às interpretações, oferecendo informação e reflexão das possíveis consequências para os empregadores.

Palavras-chave: acidente de trabalho – doenças ocupacionais – nexo técnico epidemiológico previdenciário.

### **ABSTRACT**

This paper aims to present a brief analysis of social security concepts and institutions, such as occupational accidents and diseases, highlighting and presenting arguments about the Social Security Epidemiological Technical Nexus. The study will present Brazilian constitutional and infra-constitutional grounds on the subject, with the central scope of providing clarification regarding this recent institution. Created by law and implemented by the federal agency, the institution is controversial and, for this reason, the present study aims specifically to show how it is being interpreted by scholars of the topic, highlighting the subjectivity of such interpretations, offering information and discussion of the possible consequences for employers.

<sup>1</sup>Acadêmico do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis. fabioadrianos@fema.com.br

<sup>2</sup>Especialista em Direito Constitucional Tributário, Mestre em Direito Ambiental Tributário. Advogado Tributarista. Orientador. Professor do Curso de Direito. Faculdades Integradas Machado de Assis. doofy10@hotmail.com

Keywords: occupational accident – occupational diseases – social security epidemiological technical nexus.

## INTRODUÇÃO

O tema do presente estudo aborda o acidente de trabalho, as doenças ocupacionais e o nexó técnico epidemiológico previdenciário. O objetivo é apresentar e analisar brevemente a legislação e o posicionamento dos doutrinadores acerca do nexó técnico epidemiológico, em casos de acidente de trabalho ou análogos, refletindo sobre a prevenção de acidentes e a subjetividade que permeia o nexó epidemiológico, a partir da Constituição Federal, CLT e sobretudo a Lei n. 11.430/2006 que instituiu o nexó técnico, entre outras pertinentes ao tema.

O tema central adquire relevância uma vez que o instituto previdenciário repercute diretamente na relação trabalhista e às partes envolvidas, trazendo uma série de mudanças quanto à responsabilização das empresas.

O estudo foi desenvolvido com base no método dedutivo, justificando-se, por ser considerada a forma mais adequada para a investigação e o entendimento. A coleta de dados dar-se-á de forma indireta, por meio de pesquisa na legislação e doutrina pertinentes ao tema.

Para realizar-se esta análise, o conteúdo será dividido em duas partes relevantes para o amadurecimento do tema, nas quais a primeira trará a legislação e a doutrina acerca dos conceitos de acidente do trabalho, doenças ocupacionais, dispositivos para prevenção e responsabilidade quanto aos acidentes de trabalho.

Na segunda parte tratar-se-á sobre o Nexó Técnico Epidemiológico Previdenciário, instituto recente e polêmico ressaltando a subjetividade das interpretações, sugerindo atenção aos empregadores frente às repercussões possíveis advindas. De igual forma, pretende-se estabelecer algumas considerações obtidas da pesquisa, prestando esclarecimento, mas sem qualquer intenção de esgotar o tema.

## 1 ACIDENTES DE TRABALHO TÍPICO

O artigo 19 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, trouxe o conceito de acidente de trabalho ao corpo legal brasileiro:

Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. (BRASIL, 1991).

Esse dispositivo legal trata da definição do acidente do trabalho típico ou acidente-tipo, ou, ainda, acidente em sentido estrito, portanto, um evento imprevisto, de pronto, que atinge a integridade física do trabalhador, na maioria dos casos com consequência instantânea.<sup>3</sup>

De um modo bem geral, o acidente do trabalho típico é o que ocorre em razão do vínculo empregatício, pode ser classificado de duas formas básicas, se advém ou não da atividade laboral, ou quanto à sua causa, origem ou motivação. Em ambos os casos, conforme esclarece Martinez, “[...] as influências mediatas são praticamente imensuráveis, a conclusão reclamaria um exagero de precisão e, por isso, têm-se os seus limites estabelecidos nas normas da infortunística.” (MARTINEZ, 2009, p. 36).

Os conceitos em apreço somente se prestam em indicar quem são os segurados que tem direito a proteção acidentária. De acordo com Castro; Lazzari, somente fazem jus ao benefício por acidente de trabalho os empregados, os trabalhadores avulsos, os segurados especiais e o médico enquanto residentes. Os empregados domésticos ficaram excluídos desse rol que é taxativo, bem como os contribuintes individuais.

---

<sup>3</sup>Sob o ponto de vista doutrinário, porém, verifica-se que a definição conferida pela lei não é suficiente para ter uma definição adequada do que de fato seja o acidente de trabalho, nesse aspecto o conceito legal é criticado por Michel: “Como se vê, pela lei brasileira, o acidente é confundido com o prejuízo físico sofrido pelo trabalhador.” (MICHEL, 2008, p. 48). Porém do ponto de vista prevencionista, essa definição não é satisfatória, pois o acidente é definido em função de suas consequências sobre o homem, ou seja, as lesões, perturbações ou doenças.

A fim de abranger as características elencadas no ordenamento jurídico, bem como definições trazidas por diversos doutrinadores, o presente trabalho delimitará acidente de trabalho típico conforme o conceito a seguir:

O acidente é um fato violento, no sentido de que produz violação à integridade do indivíduo, é da violência do evento que resulta a lesão corporal ou a perturbação funcional que torna o indivíduo incapaz, provisória ou definitivamente, ou lhe cause a morte. (CASTRO; LAZZARI. 2010. p. 577).

A distinção de acidente de trabalho típico e das doenças ocupacionais equiparadas é de suma importância para a problemática central da pesquisa, pois de acordo com o novo instituto previdenciário do nexos técnico, os dois conceitos se equiparam através de uma lógica estatística epidemiológica.

### 1.1 O NEXO DE CAUSALIDADE

O nexos causal é o vínculo fático que liga o efeito à causa, decorrente de uma análise técnica, a ser realizada, obrigatoriamente, por médico perito ou junta médica formada por peritos nesta matéria (CASTRO; LAZZARI, 2010). Para que se caracterize o acidente de trabalho é necessário que a incapacidade se relacione diretamente com o exercício do trabalho.

É preciso que, para existência do acidente do trabalho, exista nexos entre o trabalho e o efeito do acidente. Esse nexos de causa-efeito é tríplice, pois envolve o trabalho, o acidente, com a consequente lesão, e a incapacidade, resultante da lesão. Deve haver nexos causal entre o acidente e o trabalho exercido. (MARTINS; 2006. p. 128).

Essa relação entre o acidente e a atividade é o que se denomina ordinariamente de nexos causal, terminologia utilizada também em diversos outros institutos de natureza civil, penal ou administrativa, como nesse caso é o típico liame entre a causa e o efeito.

A partir desta perspectiva, é importante ressaltar que existe diferença entre nexos causal e nexos etiológico, contrariando o que designam alguns doutrinadores, é

necessário, caracterizar melhor a diferença, pois muitos peritos quando da análise e confecção de seus laudos, costumam basear-se pelo nexu etiológico.

Para Monteiro e Bertagni, o nexu causal é mais abrangente, pois inclui a concausa e outros casos que podem advir de um agravamento, já o nexu etiológico é considerado para os autores mais restrito:

[...] constitui a relação de causa e efeito entre o evento e o resultado. Tecnicamente falando não se pode usar como sinônimos “nexu causal” e “nexu etiológico” como muitos acreditam. O primeiro é mais abrangente, pois inclui a concausalidade e os casos de agravamento. Já o segundo é o que origina ou desencadeia o dano laboral, sendo portanto mais restrito. Por outro lado, em direito infortunístico, para se estabelecer a relação de causalidade, não se exige a prova da certeza, bastando o juízo de admissibilidade. Também há que se frisar que a infortunística não se repara a lesão ou a doença, mas a incapacidade para o trabalho. (SILVA, 2013. p. 106 apud MONTEIRO; BERTAGNI, 2012, p. 14).

Outro ponto que assume um aspecto relevante é o conceito do referido instituto da concausa, prevista no artigo 21, inciso I, da Lei 8.213/91, no qual prevê que o termo pode ser atribuído quando o acidente ou doença do trabalho não são as únicas causas para a incapacidade ou morte do segurado, mas contribuíram diretamente para isso.

Vale destacar que quando há a concausa, portanto, admite-se que o acidente de trabalho não é o único motivo da incapacidade, mas esta é admitida como advinda de outros fatores atrelados, desencadeados ou não com o acidente de trabalho.

Para Silva, a compreensão dos peritos é decisiva para a verificação das doenças ocupacionais, destacando a subjetividade do diagnóstico quando afirma que a Medicina, assim como o Direito não são ciências exatas:

[...] quão necessária se faz a compreensão, por parte dos senhores peritos, do aspecto jurídico que envolve a verificação das doenças ocupacionais, sendo que o Direito, assim como a Medicina, não se trata de uma ciência exata e, por isso, não se pode exigir certeza (absoluta) sobre a contribuição de causa laborativa para aparecimento de doença ocupacional ou ocorrência do acidente típico. (SILVA, 2013. p. 123).

Deve-se observar que a partir de abril de 2007 entraram em vigor as novas normas que criaram a sistemática de registro de benefícios acidentários e previdenciários, o que alterou significativamente a equação do ônus da prova, em relação às doenças ocupacionais.

A medida provisória n.º 316 de 11.08.2006, posteriormente convertida na Lei 11.430 de 2006, incluiu o artigo 21-A na Lei 8.213/91:

Presume-se caracterizada incapacidade acidentária quando estabelecido o nexó técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade, em conformidade com o que dispuser o regulamento. (BRASIL, 2006).

Equiparam-se também ao acidente de trabalho as doenças ocupacionais decorrentes da atividade laboral, conforme dispõe o artigo 21 da Lei 8.213/91, como veremos a seguir.

## 1.2 ACIDENTES DE TRABALHO POR EQUIPARAÇÃO

Com o propósito de tutelar às demais moléstias decorrentes da atividade laboral, que a despeito não preencherem os requisitos elencados no artigo 19 da Lei 8.213/91, a norma mencionada instituiu a figura do acidente de trabalho por equiparação em seus artigos 20 e 21, visto que essas doenças igualmente ocasionam danos à integridade física e psíquica do empregado.

É preciso salientar que há casos em que o trabalhador já apresenta condições particulares que facilitam doenças ou resultados, como por exemplo, se uma pessoa sofre um choque leve e tem como resultado uma fratura, suas condições pessoais são notoriamente diferenciadas o que não afasta a proteção que estimula a norma, pois de acordo com o regulamento da Lei dos Acidentes do Trabalho, é também considerado acidente de trabalho aquele que embora não tenha sido causa única, haja contribuído diretamente para a morte ou a perda ou a redução da capacidade para o trabalho, ou que tenha produzido lesão que exija atenção médica para sua recuperação.

O conceito de doenças ocupacionais resta evidenciado com certa facilidade, como sendo aquelas deflagradas em virtude da atividade laborativa desempenhada pelo indivíduo. E de forma simples, concorda Martinez: “[...] são as doenças ocupacionais, as doenças do trabalho, as doenças laborais propriamente ditas e as doenças profissionais, em que a responsabilidade da empresa seria concausal e não causal.” (MARTINEZ, 2009, p. 36).

Classifica-se como doença profissional aquela decorrente de situações comuns aos integrantes de determinada categoria de trabalhadores, relacionadas como tal no Decreto n. 3.048/99, anexo II.

### 1.3 A PROTEÇÃO LABORAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O sistema jurídico prevê diversas normas referentes à medicina e segurança do trabalho, estabelecendo deveres ao empregador, ao empregado, bem como fixando atribuições de fiscalização no trabalho. Nesse sentido, o artigo 7º, inciso XXII, da Constituição Federal dispõe inicialmente, no rol dos direitos constitucionais dos trabalhadores urbanos e rurais, o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

A CLT trata da matéria nos artigos 154 a 201 exigindo do empregador diversas condutas visando à prevenção, de modo a reduzir os riscos inerentes à atividade profissional desempenhada pelo trabalhador (GARCIA, 2013, p. 24). Com o advento da Constituição Federal, a proteção jurídica ao trabalhador passou a ter uma importância ainda maior, introduzindo o trabalho no rol dos direitos sociais, conforme artigo 6º, o qual se transcreve: “[...] São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL, 1988).

A especificação da natureza desses direitos deu-se através do legislador constituinte, de forma mandamental, a saber: a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

### 1.3.1 Consolidação das Leis do Trabalho quanto à Temática

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) – dedica o Capítulo V, Título II, à Segurança e Medicina do Trabalho, em sua Seção XV, artigo 200, de acordo com a redação dada pela Lei 6.514/77. É, ainda, considerada um dos instrumentos mais eficazes, sobretudo quando se trata da prevenção de acidentes (MORAES, 2012). O artigo 154 e seguintes, trazem as obrigações e responsabilidades das empresas.

Observa-se que há preocupação do legislador em responsabilizar o empregador, sobretudo com intuito de estimular a prevenção dos acidentes de trabalho. E nesse sentido, observa Garcia: “[...] como é evidente, o fiel cumprimento dos referidos deveres exerce importante destaque na prevenção de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais.” (GARCIA, 2013, p. 25).

Da mesma forma que a lei responsabiliza as empresas, também vincula os empregados a observar e cumprir tudo o que a lei prescreve com vistas e em prol da prevenção dos acidentes de trabalho, na parte que lhe é devida, como se pode observar na transcrição:

Art. 158 - Cabe aos empregados: I - observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior; II - colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste Capítulo. Parágrafo único - Constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada: a) à observância das instruções expedidas pelo empregador na forma do item II do artigo anterior; b) ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa. (BRASIL, 1943).

O empregado, portanto, também exerce papel fundamental na prevenção de acidentes do trabalho, como já demonstrado, de modo que a principal causa da ocorrência de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais é associada à ausência de medidas preventivas. Nesse sentido, concorda Garcia, afirmando: “[...] como se nota, os empregados também exercem relevante papel na prevenção de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais.” (GARCIA, 2013, p. 25).

Em complemento à CLT existem as Normas Regulamentadoras (NR's) do Ministério do Trabalho e Emprego, considerando o disposto no artigo 200 da CLT, com redação dada pela Lei nº 6.514, de 22/12/1977, instituindo a Portaria nº 3.214

de 08/06/1978 que aprova as Normas Regulamentadoras – NR do Capítulo V, Título I, da CLT, relativas à Segurança e Medicina do Trabalho, ao que estipulam o funcionamento da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), dentre outros mecanismos em prol da prevenção de acidentes do trabalho.

A CIPA está disposta na NR5 e estabelece a obrigatoriedade das empresas públicas e privadas organizarem e manterem em funcionamento uma comissão constituída exclusivamente por empregados com o objetivo de prevenir infortúnios laborais, através da apresentação de sugestões e recomendações ao empregador para que melhore as condições de trabalho, eliminando as possíveis causas de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais (BRASIL, 2013a). “[...] é obrigatória a constituição de Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA). A fundamentação legal, ordinária e específica, que dá embasamento jurídico à existência desta NR, é o artigo 163 da CLT.” (GARCIA, 2007, p. 29).

A CIPA tem como objetivo a prevenção de acidentes e doenças decorrentes do trabalho, de modo a tornar compatível permanentemente o trabalho com a preservação da vida e a promoção da saúde do trabalhador (GARCIA, 2013, p. 29). O funcionamento efetivo e periódico da CIPA é considerado um dos melhores mecanismos de prevenção de acidentes, na opinião de Martinez (2009).

O Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional – (PCMSO) é a parte integrante do conjunto mais amplo de iniciativas da empresa no campo da saúde dos trabalhadores, devendo estar articulado com o disposto nas demais normas regulamentadoras de Segurança e Medicina do Trabalho, tem como objetivo a promoção e a preservação da saúde do conjunto dos seus trabalhadores. (BRASIL, 2013b).

Todos os trabalhadores devem ter o controle de saúde de acordo com os riscos que estão expostos. Além de ser uma exigência legal prevista no artigo 168 da CLT, está respaldada na Convenção 161 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, respeitando princípios éticos, morais e técnicos, que estabelece a obrigatoriedade de elaboração e implementação, por parte de todos os empregadores e instituições que admitam trabalhadores como empregados, do

PCMSO, com o objetivo de promoção e preservação da saúde do conjunto dos seus trabalhadores. A fundamentação legal, ordinária e específica, que dá embasamento jurídico à existência desta NR – Norma Regulamentadora são os artigos 168 e 169 da CLT (GARCIA, 2013b).

A ergonomia visa estabelecer parâmetros que permitam a adaptação das condições de trabalho às condições psicofisiológicas dos trabalhadores, de modo a proporcionar um máximo de conforto, segurança e desempenho eficiente. Está disposta na NR 17 e nos artigos 198 e 199 da CLT (BRASIL, 2013c). Um exemplo é a determinação ou estipulação do peso máximo que o trabalhador pode levantar, ou a obrigatoriedade da colocação de assentos que assegurem a postura correta como pode ser constatado através da transcrição:

Art. 198 - É de 60 kg (sessenta quilogramas) o peso máximo que um empregado pode remover individualmente, ressalvadas as disposições especiais relativas ao trabalho do menor e da mulher.

Art. 199 - Será obrigatória a colocação de assentos que assegurem postura correta ao trabalhador, capazes de evitar posições incômodas ou forçadas, sempre que a execução da tarefa exija que trabalhe sentado. (BRASIL, 1943).

A Medicina do trabalho compreende o estudo das formas de proteção à saúde do trabalhador enquanto no exercício do trabalho, tendo indicações de medidas preventivas. A Segurança do Trabalho, tecnicamente não pertence à Medicina, e sim a Engenharia do Trabalho, não obstante sua conexidade. Segurança e Medicina denomina-se proteção física e mental do homem, com ênfase especial para as modificações que possam advir de seu trabalho profissional, visando às doenças profissionais e acidentes de trabalho.

#### 1.4 CAT – COMUNICAÇÃO DE ACIDENTES DE TRABALHO, FUNCIONAMENTO E IMPLICAÇÕES

Ao ocorrer um acidente, seja qual for o seu grau de gravidade deve ser feita a notificação da empresa ao INSS, mesmo que não haja necessidade de afastamento

do trabalho ou pedido de licença saúde, pois as sequelas ou adoecimento podem aparecer após semanas, meses ou até anos (GARCIA, 2007).

Para a notificação deve ser preenchida a Ficha de Acidente de Trabalho ou CAT – Comunicação de Acidente de Trabalho até 24 horas após o acidente. Em caso de acidente com morte, deve ser comunicado imediatamente.

Caso o empregador se recuse, a CAT poderá ser preenchida pelo próprio empregado, pelos seus dependentes, pelo sindicato, pelo médico que o assistiu ou por qualquer autoridade pública. “A CAT deverá ser emitida inclusive quando não gerar afastamento do empregado do trabalho por mais de quinze dias, não importando o lapso do afastamento [...]” (HORVATH, 2012, p. 425).

O artigo 22, da Lei n. 8.213/91, determina que cabe à empresa comunicar o acidente de trabalho à Previdência Social até o 1º dia da útil da ocorrência. Até abril de 2007, para que a perícia médica do INSS caracterizasse uma incapacidade laborativa como um acidente ou doença do trabalho era obrigatória a existência de uma Comunicação de Acidente do Trabalho – CAT, protocolada junto ao INSS:

Entre os trabalhadores formais, o não registro de acidente também não era incomum. Até abril de 2007, a emissão de uma Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT) era a fonte primária do sistema acidentário modelado pelo legislativo brasileiro, exigência legal para que um acidente fosse registrado como legal para um acidentário junto à Previdência. (HORN; COTANDA, 2011, p. 418).

A subnotificação é vista como a prática de não comunicar à Previdência Social a ocorrência de acidentes de trabalho. Nela as empresas evitam que o acidente conste das estatísticas oficiais, deixam de registrar o acidente, não emitindo a CAT, pois nesses casos não há a necessidade de assegurar a estabilidade no emprego, pagamento de FGTS no período em que o trabalhador estiver afastado (HORN; COTANDA, 2011).

É inegável que a sonegação de emissão da CAT foi inibida com o advento do Nexo Técnico Epidemiológico, permitindo que a própria autarquia previdenciária qualifique os benefícios como acidentários, independente da emissão da CAT. Além

disso, o Nexo Técnico Epidemiológico trouxe uma evolução no que diz respeito à responsabilidade das empresas e caracterização do acidente de trabalho.

Nota-se, por fim, que a CAT vem sendo ignorada a partir de abril de 2007, exceto no caso de acidente típico, fato admitido explicitamente pelas normas ministeriais e por muitos especialistas na matéria. Mas sua ausência acarreta muitos efeitos e responsabilidades jurídicas (MARTINEZ, 2009).

### 1.5 A ATRIBUIÇÃO DA FISCALIZAÇÃO POR PARTE DO ESTADO

É competência da União legislar sobre normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, a fim de reduzir os riscos inerentes ao trabalho, além de fiscalizar o cumprimento das normas:

Art. 156. Compete especialmente às Superintendências Regionais do Trabalho, nos limites de sua jurisdição: I - promover a fiscalização do cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho; II - adotar as medidas que se tornem exigível, em virtude das disposições deste Capítulo, determinando as obras e reparos que, em qualquer local de trabalho, se façam necessárias; III - impor as penalidades cabíveis por descumprimento das normas constantes deste Capítulo, nos termos do Art. 201. (BRASIL, 1943).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 22, que trata da competência privativa da União em legislar, traz no inciso I, a atribuição para legislar sobre matéria do trabalho.

No entanto, de nada adianta elaborar excelentes leis protetoras do trabalho, se o Estado não dispuser de eficiente máquina que lhe permita fiscalizar e punir efetivamente aqueles que as violarem, tanto o empregador, quanto o empregado descumpridor da norma. Ainda, ao enunciar o artigo 159, da CLT, o legislador brasileiro assumiu essa dificuldade e admitiu a delegação da atribuição de fiscalização para órgãos de todos os entes:

Art. 159 - Mediante convênio autorizado pelo Ministério do Trabalho, poderão ser delegadas a outros órgãos federais, estaduais ou municipais atribuições de fiscalização ou orientação às empresas quanto ao cumprimento das disposições constantes deste Capítulo. (BRASIL, 1943).

Resta, contudo, evidente diante de todos os dispositivos expostos, a relevância da existência e efetividade dos órgãos competentes em matéria de inspeção e fiscalização do trabalho. É imperioso o fiel cumprimento e através do acompanhamento e fiscalização das normas por todas as partes envolvidas na relação trabalhista, normas estas de ordem pública, de caráter protetivo ao ambiente do trabalho, ao trabalhador, pois como visto, é atribuição e competência privativa da União legislar sobre a matéria, no que se refere, em especial, à saúde do trabalhador.

## **2 NEXOS TÉCNICOS EPIDEMIOLÓGICOS PREVIDENCIÁRIOS**

O nexo técnico epidemiológico (NTE) está previsto no artigo 21-A da Lei n. 8.213/91, com redação dada pela Lei n. 11.430/06 e regulamentado no artigo 337 do Decreto n. 3.048/99, com redação dada pelo Decreto n. 6.957, de 09 de setembro de 2009 e IN 16/2007, *verbis*:

A perícia médica do INSS considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexo técnico da empresa e da entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças – CID, em conformidade com que dispuser o regulamento.

§ 1º - A perícia médica deixará de aplicar o disposto neste artigo quando demonstrada a inexistência do nexo que trata o caput deste artigo.

§ 2º - A empresa poderá requerer a não aplicação do nexo técnico epidemiológico, de cuja decisão caberá recurso com efeito suspensivo, da empresa ou do segurado, ao Conselho de Recursos da Previdência Social. (BRASIL, 1991).

Para Miguel Horvath Júnior, o nexo técnico pode ser entendido como uma metodologia utilizada pela autarquia federal previdenciária com o objetivo de identificar doenças, bem como acidentes que possam se equiparar como tal. Através desse instituto, o empregado que contrair uma enfermidade catalogada como frequente pelo banco de dados estatístico da previdência, está automaticamente caracterizada a condição de doença ocupacional. Segundo o autor:

Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário é a metodologia que consiste em identificar quais doenças e acidentes estão provavelmente relacionados com a prática de uma determinada atividade profissional. Com o NTEP, quando o trabalhador contrair uma enfermidade frequente no ramo de atividade da empresa em que trabalha, fica caracterizada a condição de doença ocupacional. (HORVATH JÚNIOR, 2012, p. 406).

Esse dispositivo legal criou uma presunção absoluta e automática de nexos técnico epidemiológico e de caráter estatístico, entre as atividades da empresa e a doença do trabalho ou profissional, alegada pelo trabalhador em virtude desse critério epidemiológico, vinculando a doença à atividade como uma espécie de epidemia laboral:

Doravante, a abordagem passa de um viés individual para uma abordagem coletiva, uma vez que o critério para definir o nexo causal da doença ocupacional passa a levar em conta dados estatísticos epidemiológicos. A expressão “epidemiologia” significa aqui o estudo interdisciplinar dos fatores que influenciam na proliferação de doenças e sua distribuição sobre determinada população. Verifica-se, portanto, que o novo NTEP aplica-se apenas para fixar o nexo causal das doenças ocupacionais, sendo impertinente para os chamados acidentes típicos. (DALLEGRAVE NETO, 2007, p. 144).

O nexo técnico epidemiológico é a relação existente entre o exercício de determinado trabalho e o agravo advindo dessa determinada exposição, por meio do cruzamento de informações da Classificação Internacional de Doenças (CID-10) e da Classificação Nacional de Atividade Econômica (CNAE), aponta-se a existência de relação entre a lesão ou o agravo e a atividade desenvolvida pelo trabalhador, através de estudos científicos alinhados aos fundamentos da estatística e epidemiologia previdenciária.

É importante clarear que a epidemiologia pode ser entendida como o campo da ciência que estuda as doenças nas populações. Este conceito inicial é muito relevante, pois diferencia a ciência clínica da epidemiologia, enquanto a primeira se interessa pela pessoa e doença de maneira individual, e a segunda, pelo conjunto de doenças na população ou parte desta (FREITAS, 2005).

Cabe complementar que a epidemiologia realiza o estudo da frequência, da distribuição e das determinantes nos estados ou eventos relacionados à saúde, em específico, em populações e a aplicação desses estudos no controle dos problemas de saúde coletiva.

Para José Eduardo Saad, essa proposta do instituto previdenciário parte de um dado coletivo para presumir e aplicá-lo a uma situação particular: “[...] essa nova proposta legal parte de um dado coletivo para presumir uma situação particular. Utiliza dados estatísticos globais para definir ou não uma doença como sendo de natureza acidentária.” (SAAD, 2010, p. 263).

Essa interpretação de que uma atividade laboral desencadeia automaticamente certas doenças decorrentes do trabalho, é uma garantia para os trabalhadores em uma análise superficial, mas pode ser temerária do ponto de vista dos empregadores, em virtude da subjetividade do diagnóstico e interpretação que o nexu impõe.

## 2.1 A CONSTITUCIONALIDADE DO NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO (NTE)

Logo após a introdução da Lei n. 11.430/06, que acrescentou o artigo 21-A da Lei n. 8.213/91, o nexu técnico epidemiológico já teve sua constitucionalidade questionada. A Confederação Nacional da Indústria – CNI ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADIN 3931.

Para Garcia, a sistemática do nexu técnico epidemiológico não afronta quaisquer preceitos constitucionais. “Pelo contrário está em plena consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF/1988), concretizando os objetivos fundamentais de justiça e solidariedade social [...]” (GARCIA, 2013, p. 99).

Em contraposição, afirma Saad que:

[...] esse dispositivo legal criou uma presunção absoluta de nexu técnico epidemiológico de caráter estatístico entre as atividades da empresa e a doença do trabalho ou profissional alegada pelo trabalhador em virtude de vinculá-la a esse critério epidemiológico. Esse critério nada mais é do que

um fator estatístico, que é válido para a elaboração de políticas públicas de saúde pública, mas, jamais, voltado para caracterizar a responsabilidade do empregador quanto à doença ocupacional alegada pelo empregado e pela previdência social, ferindo, assim, a Constituição [...] (SAAD, 2010, p. 261).

Por fim, lembra Wladimir Novaes Martinez que a relação entre o trabalho e a incapacidade não é matéria constitucional:

Trata-se de instituto técnico implícito na relação jurídica que envolve a empresa, o trabalhador e a Previdência Social. Não se pode afirmar que o nexó epidemiológico, tanto quanto o nexó causal, sejam questões disciplinadas na Lei Maior. O que se pode verificar é se uma criação dessa natureza se choca ou não com a política de previdência acidentária e defesa da saúde do trabalhador. (MARTINEZ, 2009, p. 76).

Quanto às considerações tecidas acima, a respeito da constitucionalidade dos dispositivos em questão e sua permanência no ordenamento jurídico brasileiro, cabe destacar que se trata de questão ainda pendente, pois se encontra concluso à Ministra Relatora Carmen Lúcia para análise, apreciação e decisão.

## CONCLUSÃO

O instituto do nexó técnico epidemiológico previdenciário é recente com relação às demais legislações previdenciárias, por isso qualquer conclusão definitiva é precipitada. Ao analisar a legislação trabalhista pode-se verificar que a preocupação com a prevenção ao acidente do trabalho foi um dos fatores predominantes para a implementação do instituto. O Estado assume a impossibilidade de efetivar a fiscalização do trabalho, quando delega sob a ressalva de convênio com o Ministério do Trabalho, a outros órgãos, o que aponta para a necessidade e preocupação quanto à fiscalização. A prevenção de acidentes do trabalho é hoje preocupação latente e necessária, no cenário trabalhista brasileiro.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1998.

\_\_\_\_\_. Decreto Lei nº 3.048 de 6 de maio de 1999. Aprova o regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm)>. Acesso em: 11 out. 2013.

\_\_\_\_\_. Decreto Lei nº 5.452 de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm) . Acesso em: 20 maio 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8213 de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=75662>>. Acesso em: 10 out. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.430 de 26 de dezembro de 2006. Altera as Leis n. 8.213, de 24 de julho de 1991, e 9.796, de 5 de maio de 1999, aumenta o valor dos benefícios da previdência social [...]. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/2006/11430.htm>>. Acesso em: 11 out. 2013.

\_\_\_\_\_. Ministério do Trabalho e Emprego. Norma Regulamentadora NR – 5 Comissão Interna de Prevenção de Acidentes. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/legislacao/normas-regulamentadoras-1.htm>. Acesso em: 15 de dez de 2013a.

\_\_\_\_\_. Ministério do Trabalho e Emprego. Norma Regulamentadora NR - 7 Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/legislacao/normas-regulamentadoras-1.htm>. Acesso em: 15 de dez de 2013b.

\_\_\_\_\_. Ministério do Trabalho e Emprego. Normas Regulamentadoras. NR - 17 Ergonomia. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/legislacao/normas-regulamentadoras-1.htm> Acesso em: 15 de dez. de 2013c.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 12. ed. Santa Catarina: Conceito, 2010.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Nexo Técnico Epidemiológico e Seus Efeitos Sobre a Ação Trabalhista Indenizatória**. Disponível em: <[http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_76/Jose\\_Neto.pdf](http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_76/Jose_Neto.pdf)>. Acesso em 04 maio 2013.

FREITAS, Sergio Fernando Torres de. Epidemiologia ocupacional. In: VIEIRA, Sebastião Ivone (Coord.). **Manual de Saúde e Segurança do Trabalho**. Segurança, Higiene e Medicina do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005, p.301.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Acidentes de Trabalho: doenças ocupacionais e nexos técnico epidemiológico**. 5. ed. São Paulo: Método, 2013.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Legislação de Segurança e Medicina do Trabalho**. São Paulo: Método, 2007.

HORN, Carlos Henrique; COTANDA, Fernando Coutinho. **Relações de trabalho no mundo contemporâneo**. 1. ed. Porto Alegre: UFRGS, 2011.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 9. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Prova e Contraprova do Nexo Epidemiológico**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

MICHEL, Oswaldo. **Acidentes do Trabalho e Doenças Ocupacionais**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

MORAES, Giovani Araújo. **Legislação de Segurança e Saúde no Trabalho**. 9. ed. rev. amp. atual. Rio de Janeiro: Gerenciamento Verde, 2012. 1.vol.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das Leis do Trabalho: comentada**. 43ª ed. Atual., ver. e ampl. por SAAD, José Eduardo Duarte; CASTELO BRANCO, Ana Maria Saad. São Paulo: LTr, 2010.

SILVA, José Antônio de Oliveira. **Acidente do Trabalho: Responsabilidade Objetiva do Empregador**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013.

## O DESAFIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: EM BUSCA DE UM “MERCADO VERDE” POR MEIO DA TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL

Franciele Seger<sup>1</sup>  
Michel François Drizul Havrenne<sup>2</sup>

### RESUMO

Este artigo traz reflexões sobre o princípio do desenvolvimento sustentável e a emergência da sustentabilidade dentro de um novo padrão de desenvolvimento econômico, sob o enfoque do Direito Ambiental, do Direito Econômico e do Direito Tributário, buscando verificar de que forma a adoção do referido modelo poderá garantir qualidade de vida às presentes e futuras gerações. A finalidade é refletir sobre o direito do ser humano de desenvolver-se e realizar as suas potencialidades, quer individual quer socialmente, bem como o direito/dever de assegurar às gerações vindouras as mesmas condições favoráveis. A relevância desse tema aparece na medida em que se observa o desenvolvimento econômico e, a partir do crescimento econômico, a intensidade com que as atitudes ambientalmente degradantes ocorrem. O que se busca, através do presente, é exatamente uma conciliação entre a economia e o meio ambiente, por meio da implantação de um “mercado verde”. Nesse sentido, destaca-se a tributação ambiental, que é uma indutora de comportamentos não degradantes da natureza, apresentando-se como instrumento viável e eficaz em aumentar a eficiência econômica de forma ambientalmente desejável.

**Palavras-chave:** desenvolvimento sustentável – crescimento econômico – meio ambiente – tributação ambiental.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de estudo o princípio do desenvolvimento sustentável. Como delimitação temática focalizar-se-á a sustentabilidade como uma necessidade dentro de um novo padrão de desenvolvimento econômico, sob o enfoque do Direito Ambiental, do Direito Econômico e do Direito Tributário, buscando verificar de que maneira a adoção do referido modelo poderá garantir qualidade de

---

1 Acadêmica do Curso de Direito. Faculdades Integradas Machado de Assis. franci.seger@hotmail.com

2 Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP). Orientador. Professor do Curso de Direito. Faculdades Integradas Machado de Assis. Procurador da República (membro do Ministério Público Federal). michelfdh@ig.com.br

vida às presentes e futuras gerações.

O intuito é o de refletir sobre o direito do ser humano de desenvolver-se e realizar as suas potencialidades econômicas, quer individual quer socialmente, bem como o direito/dever de assegurar às gerações vindouras as mesmas condições de vida favoráveis.

A relevância desse tema aparece na medida em que se observa o desenvolvimento econômico e a partir do crescimento deste, a intensidade com que as atitudes ambientalmente degradantes ocorrem. As atividades insustentáveis crescem cada vez mais, e o que se busca, por meio do presente, é exatamente uma conciliação entre o avanço econômico e o meio ambiente, por meio da implantação de um “mercado verde”.

Nesse contexto, analisa-se a relevância da tributação ambiental, a qual aparece como uma forma de auxiliar na pacificação do conflito entre homem e natureza, em que o Estado interfere, por intermédio da instituição de tributos, estimulando condutas não poluidoras.

A devastação ambiental e o consumismo desenfreado ocasionam enormes preocupações, principalmente por que o planeta Terra não será capaz de suportar as consequências advindas do modelo de desenvolvimento atualmente adotado, alicerçado unicamente no lucro capitalista, sem tomar em consideração as próximas gerações.

Portanto, o desenvolvimento sustentável é apresentado como uma alternativa para se obter um meio ambiente sadio e como implantação de atividades ecologicamente corretas, de uma produção limpa, garantindo-se, desta forma, princípios básicos previstos constitucionalmente.

## **1 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO DA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE (ARTIGO 170, INCISO VI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL)**

A economia brasileira, assim como as demais economias do mundo, possui, em si, um caráter eminentemente de crescimento da produção, da distribuição e do consumo de bens, a todo e qualquer custo. O objetivo é basicamente alcançar um

alto índice no PIB – Produto Interno Bruto – para então mostrar que o sistema produtivo do país está em plena ascensão, o que não significa, por si só, um aumento do padrão de vida de uma sociedade. A propósito:

Em termos de cálculo do PIB, pelo fato de este ponto representar um valor médio – ou seja, o lucro máximo mediado pelo fator ambiental, chegando-se a um lucro ambientalmente satisfatório –, provoca-se necessariamente um reflexo negativo no produto interno, que deverá cair para atender ao “ambientalmente correto”. Para que a qualidade de vida, ou bem-estar, integre esta operação matemática, deve-se amargar uma queda no valor nominal do produto interno bruto. Em contrapartida, esta sociedade será compensada pela melhoria da qualidade de vida, cuja dinâmica obedece à outra lógica que não o simples alcance de lucro. (DERANI, 2008, p. 86).

Dessa forma, “[...] o Estado de Direito Ambiental brasileiro é capitalista, ou seja, tem como fundamento da sua Ordem Econômica, ao lado da valorização do trabalho humano, a livre iniciativa a qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos [...]” (AMADO, s.d., p. 02).

Em que pese à evolução da indústria, do comércio, o crescimento populacional, o consumismo exagerado, a elevada produção de lixo, dentre outros fatores econômicos e sociais, a economia brasileira cresceu rapidamente, afetando diretamente os recursos naturais até então disponíveis para atender as necessidades dos indivíduos.

Nesse contexto, a política econômica seria eficaz para aliar a coordenação da atividade de mercado, a concorrência e a prestação de serviços do Estado, além de abraçar questões de caráter ambiental, tais como: reaproveitamento de lixo, exigências de equipamento industrial para uma produção limpa, aproveitamento de recursos naturais, o quanto de reserva natural é desejável e qual seu regime social (DERANI, 2008).

Por conseguinte, começou-se a discutir acerca da destruição dos recursos naturais disponíveis no meio ambiente, principalmente aqueles não renováveis, visto que a natureza já havia dado sinais de esgotamento, os quais tiveram influência direta sobre a economia. Um exemplo são as seguidas mudanças climáticas, que afetaram a produção de grãos (soja, trigo, milho, etc.) no sul do país.

Como resultado da baixa colheita dentro do país, sentiu-se falta de certos insumos, obrigando-se a adquiri-los de outros países, onde não tenha havido problemas na produção, tornando-se assim muito mais caro o valor para importação dos mesmos, gerando inflação no mercado de consumo e conseqüente baixa na economia do país.

Por este e por vários outros motivos é que se sentiu a necessidade de aliar o crescimento econômico com a proteção do meio ambiente, preservando os recursos naturais, a fim de satisfazer as necessidades das gerações presente e futuras, visando “[...] ao uso mais eficiente de recursos materiais escassos para a produção de bens; [...]” (BARROS, 2008, p. 54).

No que se refere ao direito econômico, este dificilmente desenvolve-se sem gerar conflitos entre dois fatores aparentemente antagônicos: crescimento da economia e meio ambiente. Todavia, torna-se imprescindível uma dupla dimensão do direito econômico, qual seja, a garantia da iniciativa econômica privada e a implementação do bem estar social, este associado a uma vida ecologicamente equilibrada (DERANI, 2008). Logo:

*Economia* tem conceito muito vasto e dispare, mas para efeito de demonstração de sua vinculação com o direito ambiental é possível defini-la como a ciência que estuda a atividade produtiva. [...] Estuda as variações e combinações na alocação dos fatores de produção (terra, capital, trabalho, tecnologia), na distribuição de renda, na oferta e procura e nos preços das mercadorias, a economia está demonstrando sua importância para a fixação da equação *meio ambiente sustentável*, base essencial do direito ambiental. (BARROS, 2008, p. 54).

Apesar de aparentarem ser adversos, o direito econômico e o direito ambiental comportam, essencialmente, as mesmas preocupações: buscar a melhoria do bem-estar das pessoas e a estabilidade do processo produtivo, sendo que:

[...] o que os distingue é uma diferença de perspectiva adotada pela abordagem dos diferentes textos normativos. O direito econômico visa a dar cumprimento aos preceitos da ordem econômica constitucional. Ou seja, a estrutura normativa construída sob a designação de direito econômico objetiva assegurar a todos existência digna, perseguindo a realização da

justiça social (CF, art. 170, *caput*). O direito ambiental tem como tronco o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, passível de fruição por toda coletividade bem de uso comum do povo (CF, art. 225, *caput*) [...] (DERANI, 2008, p. 58).

Ademais, o reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio configura-se, na verdade, como extensão do direito à vida (da própria existência física e saúde dos seres humanos e da dignidade desta existência: a qualidade de vida), pois se trata de um bem de todos, devendo ser preservado e restaurado através do uso racional dos recursos naturais, conforme estabelece o artigo 4º, incisos I e VI, da Lei n. 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente):

Art. 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

I - à compatibilização do desenvolvimento econômico social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico;  
[...]

VI - à preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida. (BRASIL, 1981).

A importância atribuída à questão ambiental na Constituição Federal de 1988 foi bastante inovadora comparando-a com as demais Constituições brasileiras, visto que o legislador passou a preocupar-se em associar desenvolvimento econômico e proteção do meio ambiente.

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988, no capítulo que dispõe sobre os princípios gerais da atividade econômica, consagrou, de forma expressa em seu artigo 170, inciso VI, redação dada pelo artigo 1º, da Emenda Constitucional nº 42/2003, o princípio do desenvolvimento sustentável:

[...] Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:  
[...] VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (BRASIL, 1988).

Destarte, “[...] o termo ‘desenvolvimento sustentável’ surgiu a partir de estudos da Organização das Nações Unidas sobre as mudanças climáticas, como uma

resposta para a humanidade perante a crise social e ambiental pela qual o mundo passava a partir da segunda metade do século XX [...]” (BARBOSA, 2008, p. 1).

Aludido princípio foi reafirmado na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em 1992 (RIO-92), a qual estipulou como primeiro princípio que os “[...] seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza.” (BARROS, 2008, p. 35).

Dois importantes documentos foram escritos na RIO-92: a Agenda 21 e a Carta da Terra. Esta última trouxe importantes ressalvas sobre o meio ambiente, as quais foram ratificadas pela UNESCO e aprovadas pela ONU em 2002. Ela dispõe, em seu preâmbulo, o seguinte:

Estamos diante de um momento crítico na história da Terra, numa época em que a humanidade deve escolher seu futuro. À medida que o mundo torna-se cada vez mais interdependente e frágil, o futuro enfrenta, ao mesmo tempo, grandes perigos e grandes promessas. Para seguir adiante, devemos reconhecer que, no meio de uma magnífica diversidade de culturas e formas de vida, somos uma família humana e uma comunidade terrestre com um destino comum. Devemos somar forças para gerar uma sociedade sustentável global baseada no respeito pela natureza, nos direitos humanos universais, na justiça econômica e numa cultura da paz. Para chegar a este propósito, é imperativo que nós, os povos da Terra, declaremos nossa responsabilidade uns para com os outros, com a grande comunidade da vida, e com as futuras gerações. (A CARTA DA TERRA, 2002).

Nesse sentido, o meio ambiente deve ser compreendido mais do que a natureza por si só, sendo também uma compreensão do mundo cultural, de ação social, política e econômica. Trata-se de uma economia que se preocupa com a produção, circulação e consumo de bens associados à defesa da natureza. Isso porque, principalmente nos dias atuais:

A natureza está ao nosso redor inerme, mas não inerte. Ela é mutável. Ela sofre. Ela reclama sua dor e seu espaço. É preciso descobrir urgentemente uma forma de haver um consumo e desenvolvimento sustentável, respeitando o meio ambiente e privilegiando a qualidade de vida. O silêncio eloquente da natureza e os gritos dos que nela habitam, reforçados por aqueles que a defendem, devem ser ouvidos por todos nós. (PETTER, 2005, p. 241).

A imprescindibilidade deste preceito reside no fato de que “[...] a prática de atividade econômica depende do uso da natureza, uma vez que a contínua degradação ambiental implica na diminuição da capacidade econômica do país [...]” (FIORILLO, 2002, p. 26).

Nesse sentido, destaca-se, dentre as formas de combater a degradação do meio ambiente, a tributação ambiental, a qual aparece como um instrumento eficaz do Estado em estimular condutas não poluidoras aos cidadãos, de tal sorte que o indivíduo não polui para não ser tributado, assim como o não poluidor é isento do pagamento, o que contribui para o desenvolvimento sustentável, conforme se passará a expor.

## **2 TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL: UMA CONTRIBUIÇÃO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

A sociedade enfrenta uma crise específica, motivada pelo esgotamento de um estilo de desenvolvimento que apresenta uma faceta socialmente perversa e politicamente injusta, tanto nacional como internacionalmente, agravadas por situações de profunda escassez, por padrões insustentáveis de produção e consumo, o que revela problemas a partir de um desenvolvimento desigual para as sociedades humanas e nocivo para os sistemas naturais.

De acordo com o artigo 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988, todos temos direito a um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, preservado para todas as formas de vida na Terra, não somente a humana (BRASIL, 1988). Nessa linha, o princípio 3 da RIO-92 estabelece que o “[...] direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de gerações presentes e futuras.” (BARROS, 2008, p. 35).

Nesse contexto, destaca-se importante julgado do Excelso Supremo Tribunal Federal, reconhecendo o princípio do desenvolvimento sustentável como um fator de equilíbrio entre economia e ecologia:

MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGERACIONAIS - ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) - ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELAS PERTINENTE - MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI - SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES, **A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL - RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) - COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES - OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) - A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) - DECISÃO NÃO REFERENDADA - CONSEQÜENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. **A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral.** Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de**

natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): **O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.** (...) (ADI 3540 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528). Grifei. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Brasília, 2005) [grifo do autor].

Dessa forma, o desenvolvimento sustentável “[...] é um alvo móvel. Representa o esforço constante em equilibrar e integrar os três pilares do bem-estar social, prosperidade econômica e proteção em benefício das gerações atual e futuras.” (SIRVINSKAS, 2009, p. 45). Trata-se de uma definição de um novo princípio de responsabilidade, tendo em vista que compromete os indivíduos a repensar suas atitudes, de forma a mudar sua visão de futuro, focando no ambientalismo e reorganizando os papéis sociais.

Como já dito anteriormente, o paradigma da economia ambiental é o desenvolvimento econômico. O sistema capitalista faz com que a pressão das diversas atividades humanas (industrial, agrícola, etc.) sobre a natureza aumente cada vez mais. Essa intensificação de todas as esferas produtivas é altamente impactante sobre o meio ambiente. Por tal motivo tornou-se necessário repensar a problemática ecológica.

O desenvolvimento sustentável não é tarefa somente para uma geração. É um processo a ser instituído, o qual demandará tempo, compromisso e esforço de

várias gerações. A sugestão de mudança implícita em sua concepção, suas dimensões e seus desafios certamente precisarão de algum tempo para revelar toda a sua complexidade e a sua importância, assim como para o seu pleno desenvolvimento e sua completa aceitação, como tem ocorrido com todas as transformações importantes pela qual a humanidade já passou (ANTUNES, 2008).

Destarte, o que se busca é garantir que as gerações vindouras tenham as mesmas condições de vida que as presentes gerações, pois:

[...] De nada vale o desenvolvimento de uma atividade econômica que vulnere o meio ambiente, hoje, caso o esgotamento das fontes naturais de recursos não permita o desenvolvimento da mesma atividade amanhã [...]. É nesse contexto que ingressa a aplicação de novas tecnologias que viabilizem a promoção da atividade econômica, sem danificar nem ao menos diminuir o dano ao meio, de modo que as gerações futuras possam desfrutar da mesma utilidade oferecida no presente. (NUNES, 2005, p. 57).

Uma possível solução encontrada seria a implantação da economia ecológica a nível mundial. Ela analisa a estrutura e o processo econômico de geossistemas sob a ótica dos fluxos de energia e de materiais, o que resultaria no surgimento de um “mercado verde”. Nesse sentido:

A política econômica - ecológica preocupa-se em considerar a natureza como sendo real e primária, ou seja, sua existência na forma natural é valor e não apenas valor imputado; em utilizar os recursos naturais renováveis e não-renováveis em taxas não superiores à produtividade sustentável; em minimizar o uso da energia e materiais e a produção de rejeitos e poluição; em considerar todo o custo ambiental inerente às atividades de exploração; em observar a duração dos produtos, tendo em vista, a sua maior durabilidade e menor produção; em minimizar a produção de lixo; e em priorizar a utilização de recursos locais para atender as necessidades de cada região. (ANTUNES, 2008, p. 14).

Uma forma de contribuição ao desenvolvimento sustentável é a instituição de tributos verdes, ou seja, a tributação ambiental, fenômeno que vem sendo utilizado no Brasil, assim como em inúmeras outras nações, como forma de proteção do meio ambiente, por meio da criação de tributos que diretamente se destinem à preservação ambiental, estimulando condutas favoráveis ao ambiente (AMADO, s.d.).

A conservação do meio ambiente é responsabilidade de todos os Estados e indivíduos, sendo que, apesar da importância que os avanços tecnológicos trazem à humanidade, eles ainda vivem em permanente conflito com o meio ambiente. Em razão disto, impõe-se uma mudança de valores para que os seres vivos sejam preservados, substituindo-se os ideais do consumo insustentável, o que somente será atingido com o desenvolvimento de uma consciência de que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo (CASTELS, 1999). Dessa forma:

A intervenção do Estado como ente ordenador da atividade econômica em face da defesa do meio ambiente é, em suma, inafastável. O livre mercado se mostra eficiente, apenas, para alocação dos recursos no curto prazo, não o fazendo com o mesmo resultado quando se tomam as necessidades de longo termo. Dentre os instrumentos de a disposição do Estado para a intervenção na economia, tendo em vista à defesa do meio ambiente, encontra-se o sistema tributário [...] (MODÉ, 2006, p. 70).

Assim, o Estado deve intervir nas atividades que tenham influência sobre o meio ambiente, estimulando as positivas e combatendo as negativas. A base para tal atuação é a tributação extrafiscal, que pode ser utilizada como meio de auxílio na proteção ambiental. Por isso, entre os meios de combate à poluição, o tributo surge como um instrumento eficaz ao Estado para estimular condutas não-poluidoras (OLIVEIRA, 1999).

Os tributos ecológicos podem incidir sobre atividades relacionadas aos resíduos, assim como para a produção de bens à base de recursos naturais não-renováveis. A benesse desse imposto consiste na sua capacidade de proporcionar incentivos para direcionar comportamentos a uma direção desejada, sem paralisar a tecnologia, além de possibilitar a socialização da responsabilidade com a preservação do meio ambiente, aplicando uma carga maior sobre os agentes econômicos que mais contribuem para o desequilíbrio ambiental (ROCCO, 2004).

A tributação ambiental apresenta-se como instrumento econômico que possibilita a internalização dos custos ambientais induzindo os agentes econômicos à adoção de comportamentos que proporcionem a redução da poluição e a utilização racional dos recursos naturais, sejam eles renováveis ou não. [...] Os instrumentos econômicos, dentre eles a tributação ambiental, oferecem ao indivíduo a faculdade de realizar a adequação de

sua atividade econômica da forma que lhe proporcione maior eficiência econômica, vale dizer, na forma em que os recursos econômicos disponíveis tenham seu emprego otimizado, reduzindo o custo final para tal finalidade. (MODÉ, 2006, p. 96).

Importante mencionar que a principal função desses tributos não é arrecadatória, mas sim de acomodação da carga fiscal, pois é possível redistribuir os tributos já conhecidos à finalidade ambiental, de modo que o poluidor ou não polui, ou reduz a poluição para não ser tributado e o não poluidor é isentado. Verificam-se duas finalidades nos tributos ambientais: a) obter receitas que serão aplicadas na defesa do meio ambiente; b) induzir a comportamentos ambientalmente desejáveis ou de menor poder ofensivo. Portanto, a tributação ambiental, ao onerar a unidade produtora, forçará esta a níveis de produção condizentes com a noção de desenvolvimento sustentável (NUNES, 2005).

Nessa senda, o princípio do poluidor-pagador dispõe que deve ser o próprio ato contaminante o fato gerador do imposto, ou seja, o agente contaminador que praticou o ato de poluição. Deve pagar aquele que tem poder de controle sobre as condições que levam à poluição. Mesmo nos casos em que quem causa à poluição é o consumidor, sendo o produtor mero poluidor indireto, não se pode esquecer que é este último que lucra com a obtenção do bem cujo uso vai provocar a degradação ambiental (SOARES, 2000).

Além disso, para que o empresário não creia que seja vantajoso financeiramente arcar com o imposto e manter a atividade poluidora, é necessário que os impostos ecológicos sejam adaptados ao nível financeiro do poluidor, de tal sorte que prefiram adotar um comportamento menos agressivo em face do elevado imposto (TORRES, 2005). Dessa maneira:

O princípio do poluidor pagador visa à internalização dos custos relativos externos de deterioração ambiental, e como consequência, a um maior cuidado na busca de uma satisfatória qualidade do meio ambiente. [...] O princípio do poluidor pagador não deve ser entendido como autorização para poluir, mas deve ser compreendido de forma conjugada ao princípio da prevenção, orientando os agentes econômicos para as práticas menos lesivas ao meio ambiente. (MODÉ, 2006, p. 63-64).

Vários Estados têm adotado o ICMS ecológico, que foi criado no Paraná, em 1991, pela LC 59. O papel do ICMS ecológico é redefinir os critérios de repasse de recursos aos municípios, incrementando políticas de conservação ambiental. O ICMS ecológico é exemplo de como os municípios podem colaborar com a preservação ambiental, incentivando áreas de conservação ambiental, compensando-se os municípios pela restrição dessas áreas (CASTRO, 2003).

O ICMS ecológico é um dos principais tributos indutores de políticas públicas sustentáveis, sendo:

[...] uma forma de compensar os municípios pela instituição e preservação de espaços territoriais especialmente protegidos e de fomentar a criação de novos, funcionando também como modalidade de pagamento pelos serviços ambientais. [...] No Paraná, entre 1991 e 2005, os espaços territoriais com regime especial de proteção ambiental cresceram cerca de 160%, de 792.000 para 2.062.000 ha, com grande contribuição do ICMS ecológico. (AMADO, s.d., p. 06).

Os incentivos fiscais permitem ao administrador deixar de recolher tributos em nome de políticas que contribuam com a sustentabilidade, visto que ao abster-se da receita busca estimular ações que favoreçam a coletividade. O ideal não é a instituição de novos tributos. Com relação ao agravamento dos existentes, os tributos não devem sufocar ainda mais a economia brasileira. Destarte, o raciocínio deve ser invertido. Não é tributando que se preserva. É deixando de arrecadar que se incentiva o poluidor a preservar o meio ambiente (DENARI, 2001).

Por conseguinte, denota-se a urgência em efetivamente aliar o desenvolvimento econômico com a preservação da natureza, visto que:

[...] os recursos ambientais não são inesgotáveis, tornando-se inadmissível que as atividades econômicas desenvolvam-se alheias a esse fato. Busca-se com isso a coexistência harmônica entre economia e meio ambiente. Permite-se o desenvolvimento, mas de forma sustentável, planejada, para que os recursos hoje existentes não se esgotem ou tornem-se inócuos. (FIORILLO, 2009, p. 27).

Portanto, para que efetivamente seja adotado o modelo de desenvolvimento econômico que se preocupe com a proteção do meio ambiente, faz-se necessária a

cooperação de todos os membros da sociedade, principalmente no que tange ao setor econômico, ambiental e político, pois é dever do Estado garantir o bem comum da coletividade, não podendo os interesses de uma sociedade capitalista se sobrepor aos interesses do povo.

## CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que o desenvolvimento de práticas alternativas para a utilização dos recursos naturais atua como uma estratégia para a reversão do processo de degradação hoje existente, bem como a sua conservação, no intuito de solucionar os problemas ambientais. Pretende-se um desenvolvimento ambiental, econômico e social, sendo que sua integração resulta no que chamamos de desenvolvimento sustentável.

A problemática encontrada na tutela jurídica do meio ambiente manifesta-se a partir do momento em que sua degradação passa a ameaçar não só o bem-estar, mas a qualidade da vida humana, se não a própria sobrevivência do ser humano, nas presentes e futuras gerações.

É relevante que se tenha consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os direitos fundamentais do homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo de tutela do meio ambiente. Importante compreender que ele é um fator preponderante, que há de estar acima de quaisquer outras considerações como as de desenvolvimento e de respeito ao direito de propriedade.

Sendo assim, a natureza não deve ser vista apenas na condição de simples recurso para a produção de bens. Sua utilização, em forma e intensidade, não deve ficar subordinada somente aos interesses econômicos, apesar de que o atual modelo de desenvolvimento econômico já haja prejudicado muito as condições ambientais. Nesse sentido, o fator econômico não deve preponderar como sinônimo de crescimento, mas sim de desenvolvimento.

A implantação de um “mercado verde” é urgente e necessária. Não basta apenas inserir o tema em discursos políticos e não inseri-lo nas ações governamentais. É preciso adotar o desenvolvimento sustentável como uma forma

de resposta (talvez, não de solução) para os problemas econômico-ambientais hoje enfrentados, assim como tem ocorrido com a tributação ambiental.

A tributação ambiental apresenta-se, então, como instrumento viável e eficaz àquilo que se propõe: aumentar a eficiência econômica de forma ambientalmente desejável, a exemplo do que ocorre com o ICMS ecológico.

Assim, de um lado, encontram-se os diversos atores da vida social e, em contrapartida, o Estado Democrático na perspectiva ambiental, detentor de um aparato legislativo, apto a buscar a sustentabilidade, de forma a produzir, distribuir e consumir os recursos naturais existentes de maneira mais coesiva, economicamente eficaz e ecologicamente viável.

## REFERÊNCIAS

A CARTA DA TERRA. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/carta-da-terra>>. Acesso em: 19 abr. 2013.

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **ICMS Ambiental**. Disponível em: <[www.fredericoamado.com.br](http://www.fredericoamado.com.br)>. Acesso em: 26 nov. 2013.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARBOSA, Gisele Silva. **O Desafio do Desenvolvimento Sustentável**. Revista Visões. 4. ed. Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, jan./jun. 2008. Disponível em:<[www.fsma.edu.br/visoes/ed04/4ed\\_O\\_Desafio\\_Do\\_Developolvimento\\_Sustentavel\\_Gisele.pdf](http://www.fsma.edu.br/visoes/ed04/4ed_O_Desafio_Do_Developolvimento_Sustentavel_Gisele.pdf)>. Acesso em: 6 mai. 2013.

BARROS, Wellington Pacheco. **Direito Ambiental Sistematizado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 2 set. 1981. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938compilada.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2013.

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade. O verdejar do ser: o movimento ambientalista**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTRO, Alexandre Barros. **Tributação e Ecologia**: uma combinação possível. Revista Tributária e de Finanças Públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, ano 11, n. 51, jul./ago. 2003.

DENARI, Zelmo. **O tributo a serviço da natureza**. Revista Tributária e de Finanças Públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, ano 9, n. 36, jan./fev. 2001.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MODÉ, Fernando Magalhães. **Tributação Ambiental**: A função do Tributo na Proteção do Meio Ambiente. Curitiba: Juruá, 2003.

NUNES, Cleucio Santos. **Direito Tributário e Meio Ambiente**. São Paulo: Dialética, 2005.

PETTER, Josué Lafayete. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica**: o significado e o alcance do art.170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROCCO, Rogério (Org.). **O Direito Ambiental das Cidades**. Rio de Janeiro: DP&A editora, 2004.

SIRVINSKAS, Paulo Luís. **Manual de Direito Ambiental**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOARES, Claudia Dias. **O contribuinte de direito e o contribuinte de facto do imposto ecológico**. Revista Tributária e de Finanças Públicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, ano 8, n. 34, set./out. 2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI nº 3540 MC / DF – Distrito Federal**.

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28princ%E1pio+e+desenvolvimento+e+sustent%E1vel%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/n3klzx3>>. Acesso em: 6 mai. 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. Valores e Princípios no Direito Tributário Ambiental. In: TÔRRES, H. T. (Org.). **Direito Tributário Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2005.

## O NOVO PARADIGMA DO DIREITO INTERNACIONAL E OS PERIGOS DA NOVA ORDEM GLOBAL

Marcelo Dias Jaques<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente estudo consiste em uma análise acerca do novo paradigma do direito internacional diante do enfraquecimento da soberania ocasionada pelo surgimento de instituições supraestatais e os perigos advindos dessa nova ordem global, que perpassa um mundo contemporâneo lastreado basicamente em relações de consumo e em que tudo é tão efêmero, tão líquido. O estudo possui caráter qualitativo e a metodologia adotada consiste fundamentalmente em pesquisa bibliográfica. Através dessa abordagem, será traçada uma análise histórica do desenvolvimento da hegemonia norte-americana no cenário pós Segunda Guerra Mundial, analisando eventos economicamente relevantes como *Bretton Woods* e a *Societè Mont'Pelerin*, que servirão de embasamento teórico para, finalmente, adentrar no cerne da questão inerente à mudança paradigmática do direito internacional, os perigos da nova ordem que se desenha a nível global, os efeitos da globalização e das novas tecnologias na humanidade.

Palavras-chave: cidadania – direito internacional – globalização – soberania.

### RESUMEN

El presente estudio es un análisis sobre el nuevo paradigma del derecho internacional dado el debilitamiento de la soberanía ocasionada por la aparición de instituciones supranacionales y los peligros derivados de este nuevo orden mundial, que impregna el mundo contemporáneo respaldada principalmente en las relaciones de consumo y donde todo es tan efímera, tan líquido. El estudio tiene un enfoque cualitativo y metodología adoptada se debe principalmente a la literatura. A través de este enfoque, se elaborará un análisis histórico del desarrollo de la hegemonía estadounidense en el escenario posterior a la Segunda Guerra Mundial, el análisis de los acontecimientos económicos pertinentes, tales como *Bretton Woods* y *Société Mont'Pelerin*, que sirven como base teórica para finalmente entrar en el meollo de la

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Luterana do Brasil – ULBRA. Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Constitucional pela Escola de Ensino Superior Verbo Jurídico. Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS. Membro do grupo de pesquisa (CNPq): Direitos Humanos, Relações Internacionais e Equidade. Integrante do Núcleo de Educação e Informação em Direitos Humanos - NEIDH, atividade de extensão do Programa de Mestrado em Direitos Humanos da UNIJUÍ. Endereço eletrônico: marcelo.jaques@hotmail.com.

questión inherente al cambio de paradigma del derecho internacional, los peligros de la nueva orden que se dibujan en un nivel global, los efectos de la globalización y las nuevas tecnologías en la humanidad.

**Palabras Clave:** cidadanía – derecho internacional – globalización – soberanía.

## INTRODUÇÃO

Em 1939 tinha início o conflito mais letal da história da humanidade: a Segunda Guerra Mundial. No entanto, as articulações havidas nos bastidores de uma guerra não se restringem apenas a estratégias de ataque, defesa de posições e alianças. Mesmo antes do princípio do conflito, os chamados Aliados Ocidentais já delineavam a ordem econômica a ser instaurada no pós-guerra.

No continente americano, mesmo antes da adesão dos Estados Unidos ao conflito, o planejamento econômico para a ordem econômica de paz já estava traçado. Na narrativa de Frieden, as articulações assim ocorreram:

Em setembro de 1939, menos de duas semanas após a erupção das hostilidades na Europa, o Conselho de Relações Internacionais de Nova Iorque e o Departamento de Estado formaram grupos de estudo para a produção de relatórios sobre como o país deveria levar à frente sua visão de mundo. (FRIEDEN, 2008, p. 275).

Diferentemente do que ocorrera no período entre guerras, agora surgia com mais força o interesse pelo internacionalismo econômico, por uma abertura econômica mais ampla, por um comércio internacional mais livre.

Em meados de março de 1941, foi firmado um acordo entre Estados Unidos e Grã-Bretanha, denominado *lend-lease*. Esse pacto permitia ao governo norte-americano que emprestasse todo tipo de equipamentos militares aos aliados, que ao final da guerra os restituíam. Contudo, o acordo continha alguns requisitos a serem cumpridos, dentre eles o compromisso britânico de contribuir com a liberalização do comércio entre os países. Isto se daria através da redução de tarifas, queda de barreiras e a abstenção de quaisquer outros mecanismos discriminatórios a nível comercial.

Há relatos históricos que apontam para uma cifra aproximada equivalente a mais de U\$ 50 bilhões em equipamentos e suprimentos enviados pelos Estados Unidos à Grã-Bretanha, União Soviética, França e China, entre 1941 e 1945. Ganhava força, assim, o plano estadunidense em prol de um internacionalismo econômico.

Com o final da guerra, a Europa estava devastada. Tanto os países Aliados quanto os pertencentes ao Eixo tiveram as suas economias devastadas. Frieden descreve com detalhes alguns dados ilustrativos da desolação que se abateu no velho continente:

No pós guerra, o PIB per capita dos aliados europeus – União Soviética, França, Bélgica, Holanda e outros – correspondia a menos do que 4/5 do que via em 1939; na maioria deles, os índices de 1946 estavam bem menores do que os do início da década de 1920. As condições nos países derrotados eram muito piores. A produção industrial da Alemanha em 1946 correspondia a 1/3 do que era em 1936 e, de forma geral, depois da guerra a renda por pessoa das nações do Eixo derrotado foi reduzida a menos da metade. (FRIEDEN, 2008, p. 283).

Em uma análise aprofundada, acerca de diversos dados econômicos, o autor assevera, ainda, que em países como a Itália e o Japão os índices de 1946 restaram equivalentes aos do ano de 1910, enquanto na Alemanha a situação assemelhava-se à de 1980, culminando na Áustria com números equivalentes aos de 1870. Assim, “[...] a guerra no continente significou um retrocesso econômico de 25 anos para os vencedores e de 40, 50 e até 75 anos para os perdedores.” (FRIEDEN, 2008, p. 283).

Entrementes, a economia norte-americana evoluía a passos largos, gozando de um estado de prosperidade. Ao longo do período da grande guerra houve um crescimento exponencial, sendo que ao final do conflito sua economia era maior do que a soma de todas as economias dos países envolvidos no conflito.

Para que dimensionar esses dados, ao falar da economia norte-americana naquele período, Mann relata que “[...] a segunda guerra mundial deixou-a com metade da capacidade de produção do mundo e com a moeda das suas reservas.” (MANN, 2006, p. 71).

No entanto, para que seja possível contextualizar o presente estudo, faz-se necessário retornar ao ano de 1944, mais precisamente ao início do mês de julho, quando representantes de mais de quarenta países reuniram-se em *Bretton Woods*, sob a liderança do norte-americano John Maynard Keynes e do britânico Harry Dexter White, para traçar os rumos da economia mundial, criando organizações presentes até os dias de hoje no cenário político-econômico supranacional. Sobre essa conferência versará o próximo tópico desta pesquisa.

## **1 O ACORDO DE *BRETTON WOODS* E A *SOCIÉTÉ MONT'PELERIN***

Como mencionado anteriormente, em junho de 1944, representantes de mais de quarenta países reuniram-se no Mont Washington Hotel, na cidade norte-americana de *Bretton Woods*, no estado de *New Hampshire*, com a intenção de definir os parâmetros que a partir de então seriam tomados por base dos rumos da economia mundial após a Segunda Guerra, como assegurar a estabilidade monetária internacional, impedir a evasão de divisas dos países e restringir a especulação com as moedas mundiais. Em outras palavras, os objetivos eram governar as relações monetárias entre Nações-Estado independentes, reconstruir o capitalismo mundial, desenhando, assim, uma nova ordem mundial que pudesse ser imune à grandes crises, como a Grande Depressão havida nos anos 30. Em razão do nome da cidade sede do encontro, as disposições acordadas ficaram conhecidas como Acordo de Breton Woods.

Dentre as origens e motivações para esse novo sistema estavam justamente as experiências comuns da Grande Depressão, a concentração de poder em um pequeno número de Estados e a presença de uma potência dominante com interesse em assumir um papel de liderança

A fundação do Acordo de *Bretton Woods* lastrou-se em uma crença comum, em um capitalismo intervencionista, originado nas lições aprendidas do caos monetário do período entre-guerras. Havia consenso de que a proliferação de controles e barreiras de comércio levaram ao desastre econômico que culminou na Grande Depressão.

Destarte, os idealizadores de *Bretton Woods* planejaram um sistema econômico relativamente liberal, um sistema baseado primeiramente no mercado, com um mínimo de barreiras ao fluxo de comércio e capital privados, mas que ao mesmo tempo conferisse segurança econômica e favorecesse as possibilidades de paz no pós-guerra.

Segundo Frieden, “[...] a essência do sistema de Bretton Woods – como Keynes e White desejavam – seria a proposta de um meio-termo entre a rigidez do padrão ouro e a insegurança do entreguerras.” (FRIEDEN, 2011, p. 312). A necessidade de intervencionismo governamental surgiu da concordância dos países desenvolvidos que esse sistema econômico liberal internacional requeria certa dose de intervencionismo.

Neste sentido, o papel do governo na economia nacional estava associado à responsabilidade de garantir a seus cidadãos um certo grau de bem-estar econômico. Para que isso fosse viável se fazia urgente a necessidade de uma cooperação internacional através da qual os Estados signatários cooperassem com o objetivo de regular o sistema econômico internacional.

A Liberdade de comércio implicava tarifas baixas e, entre outras coisas, uma balança comercial favorável ao sistema capitalista. Para tanto, era preciso manter um sistema monetário internacional efetivo e encorajar a redução de barreiras ao comércio e ao fluxo de capital.

E foi então que os Estados Unidos começaram a despontar enquanto potência capitalista. Eis que emergiram da Segunda Guerra Mundial como a mais forte economia do mundo, vivendo um rápido crescimento industrial e uma forte acumulação de capital. A partir da abertura das aduanas, fomentada pelo pensamento liberal, os Estados Unidos passaram a ter um mercado mundial para suas exportações, bem como o acesso irrestrito à matérias-primas vitais.

Assim, é notório que o ideal de sistema financeiro que nasceria após *Bretton Woods* possuía características amplamente favoráveis à nação norte-americana. As premissas pactuadas acabavam por conferir aos Estados Unidos um elevado nível

de influência, e até mesmo controle da economia mundial e do sistema de distribuição de capitais.

Um dos fatores fundamentais para a hegemonia norte-americana foi a transformação do dólar na moeda forte da economia mundial, tomada como referência para as moedas dos demais signatários de *Bretton Woods*. Desta forma, as demais moedas passaram a estar atreladas ao dólar, que passou a ser a moeda forte do sistema financeiro global. Os países signatários a utilizavam para financiar seus desequilíbrios comerciais, reequilibrando-os, e também, para minorar custos agora desnecessários advindos da detenção de diversas moedas estrangeiras.

Entretanto, para que o dólar tivesse força em escala mundial, era preciso dar-lhe algum instrumento de sustentação: a solução encontrada foi vinculá-lo ao ouro à equivalência de 35 dólares. Antes de *Bretton Woods*, era utilizado o padrão ouro de troca – que prevaleceu entre o ano de 1876 e a I Guerra Mundial – agora o dólar passava a ser o referencial. Tal relação econômica viabilizava a possibilidade do portador de dólares efetuar a conversão de sua moeda – em qualquer lugar do mundo – no equivalente em ouro, com base no que fora acordado em *Bretton Woods*.

Além dessa vinculação das demais moedas ao dólar, *Bretton Woods* foi o berço de origem para a criação de instituições financeiras mundiais, que dariam sustentação ao modelo econômico a ser criado. Tais instituições mantêm-se ativas até os dias atuais, possuindo ingente influência na economia das nações, seja individualmente, seja a nível global. São elas: o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD, ou Banco Mundial, e o Fundo Monetário Internacional – FMI, e terão profunda relevância na discussão a que o presente estudo propõe-se quanto ao novo paradigma do direito internacional e os perigos da ordem global.

O sistema econômico construído a partir de *Bretton Woods* perdurou por cerca de vinte anos. Entretanto, em meados da segunda metade da década de 60, surgiram problemas relacionados à degradação das finanças norte-americanas, o que obrigou a abrir-se mão de alguns preceitos do Acordo.

Finalmente, em agosto de 1971, o então 37º presidente dos Estados Unidos, Richard Nixon, colocou ponto final no Acordo de Bretton Woods, bem como à convertibilidade do dólar em ouro, já que as inevitáveis pressões sobre o dólar intensificaram-se ao ponto de tornarem-se insustentáveis.

Tal situação foi deflagrada por uma conjuntura de aspectos na economia norte-americana, eis que, para financiar o déficit orçamentário, houve aumento da emissão de dólares. Entretanto, os reflexos disto criavam problemas aos demais países signatários, pois os compelia a igualmente emitir papel moeda na tentativa de manter os níveis cambiais em um patamar fixo. O resultado era a inflação na economia interna, fomentada pela maior entrada de moeda em circulação.

Para Friedens, “[...] o governo norte-americano simplesmente não estava disposto a encolher sua economia por causa das obrigações cambiais exigidas pela ordem de Bretton Woods e, portanto, optou pelo fim do sistema.” (FRIEDENS, 2011, p. 368).

Poucos anos após a reunião que deu origem ao Acordo de *Bretton Woods*, surge a *Societè Mont’Pelerin*, organização internacional que teve origem em 1947, pelas mãos de economistas, políticos, historiadores e filósofos, convidados pelo professor Friedrich Hayek, que se reuniram na localidade de Mont-Pèlerin – próxima à cidade Suíça de Montreux – com vistas a discutir a situação e possível destino do liberalismo clássico e combater o que denominavam uma ascendência do estado e planejamento marxista ou keynesiano que, segundo eles, estava varrendo o globo.

Reunida em torno da promoção do liberalismo e de seus valores e princípios, a *Societè Mont’Pelerin* tomava por base a liberdade de expressão, as políticas econômicas do livre mercado e a sociedade aberta, ou seja, livre do governo. Esse grupo de estudiosos defendia uma sociedade em que a liberdade pode ser efetivamente preservada, sem o poder e a iniciativa difusa associados à propriedade privada e ao mercado competitivo.

Dentre outras questões, partiam de premissas como a redefinição das funções do Estado, de modo a distinguir mais claramente entre o totalitarismo e a ordem liberal, a existência de métodos de restabelecer o Estado de direito e de

assegurar o seu desenvolvimento, de modo que os indivíduos e grupos não estejam em posição de invadir a liberdade dos outros e que os direitos privados não estejam autorizados a se tornar uma base de poder predatório.

Igualmente, defendiam a criação de uma ordem internacional favorável à manutenção da paz e da liberdade, mas que permitisse o estabelecimento de relações econômicas internacionais harmoniosas. Assim, não procuravam estabelecer qualquer ortodoxia meticulosa e prejudicial, realizar propaganda ou alinhar com algum partido. Buscavam facilitar a troca de pontos de vista, e contribuir para a preservação e melhoria da sociedade livre.

E quando falamos de liberalismo, não podemos nos olvidar das palavras de Copetti Neto que, ao abordar o conceito de liberdade como condicionada por uma espécie de subordinação às leis do mercado, ensina:

Na medida em que fosse desenvolvida a liberdade fora do âmbito do mercado, a coesão dos interesses e das forças que permitiriam/possibilitariam a efetividade da obrigação política estaria comprometida, o que por consequência, fragilizaria também a liberdade de todos os indivíduos em todos os níveis da liberdade, seja esta no aspecto civil, seja no aspecto político. (COPETTI NETO, 2013, p. 59).

E foi nesse ambiente de divergência ideológicas, instabilidade financeira e “descentralização” do sistema monetário internacional que ocorreram, de forma mais relevante, as transformações financeiras conhecidas pelas designações genéricas de globalização, desregulamentação e securitização. O que por fim veio a contribuir para uma grande mutação nas relações sociais e, em decorrência disso, em uma mudança paradigmática no direito.

## **2 UMA MUDANÇA PARADIGMÁTICA NO DIREITO**

Essa mudança de paradigma está relacionada ao dilema encontrado com a formação de um direito internacional, principalmente em virtude do nascimento e desenvolvimento de instituições políticas supranacionais, como, por exemplo, duas organizações já referidas no presente estudo, o Banco Mundial e o FMI, juntamente

com a ONU, a OMC e outras agências e autoridades de caráter global, relacionadas às mais diversas áreas (transporte, saúde, meio ambiente, alimentação, etc.).

Diante dessa nova realidade, é imperioso saber relacionar direito internacional e os ordenamentos dos Estados. Segundo a doutrina de Ferrajoli,

[...] el problema que ahora hemos de afrontar es el de la relación entre estas instituciones, entes y ordenamientos, que há dado lugar a la formación del llamado derecho internacional, y los ordenamientos estatales”. Para ele trata-se da questão inerente à natureza do direito internacional, “de su existência como ordenamiento jurídico integrado en los, incluso de los, o distinto de los diversos derechos estatales. (FERRAJOLI, 2011, p. 472).

Quanto ao pluralismo internacional dos ordenamentos, a teoria do direito limita-se a definir o poder constituinte – imputada a um sujeito constituinte – sem regulação por normas – que se autorregula. Na experiência, vê-se o poder constituinte nas mãos de sujeitos políticos determinados. Esse poder é identificado como a soberania, que participa da formação artificial e autônoma do Estado-nação moderno.

A origem da cultura jurídica moderna tem um paradoxo. A doutrina do contrato social, como pacto do viver em sociedade, tem na tutela do direito à vida o fundamento e razão para o artifício jurídico e estatal. De acordo com o realismo, somente um estado soberano pode garantir através da força e do poder barrar a morte e defender a vida diante dos delinquentes internos e dos inimigos externos.

Luigi Ferrajoli trabalha com três hipóteses relativas à origem da soberania. Inicialmente, trabalha com a hipótese jusnaturalista – com duas dimensões: a interna e a externa. Segundo os historiadores, a primeira teoria foi a externa, datada junto com o surgimento do direito internacional moderno. Francisco de Vitoria teve papel fundamental na fundação do direito internacional (FERRAJOLI, 2011).

Também, as três doutrinas de Vitoria – a ideia de uma sociedade de Estados igualmente soberanos e sujeitos ao Direito, a afirmação de uma série de direitos naturais dos Estados e a teoria da guerra justa. Entretanto, a teoria Vitoriana entra em crise com a consolidação dos Estados nacionais e sua autonomização. Cai todo

e qualquer limite à soberania estatal. Esse processo envolve os dois tipos de soberania: a interna e a externa

Sendo o Estado um ente político dotado de soberania interna, em razão de não haver fontes normativas a ele superiores, é também soberano externamente. Muito embora, externamente, encontre a soberania dos demais Estados, o que muitas vezes acaba por produzir conflitos. Dessa forma é que a sociedade internacional dos Estados vem a configurar-se.

Como resultado, temos um Estado soberano fundado sobre duas posições: a primeira delas é a negação do estado de natureza enquanto estado civil, a oposição entre civilidade e incivilidade. Já a segunda é de afirmação de um estado de natureza entre Estados soberanos, virtualmente em estado de guerra entre si, mas também sujeitos a um direito-dever de civilizar o resto do mundo.

A oposição entre estado civil e estado de natureza dá origem à duas histórias da soberania: a de uma progressiva limitação interna e a de uma progressiva absolutização externa no plano do direito internacional.

Com as mudanças nos Estados, as revoluções e as sucessivas cartas constitucionais, igualmente muda a forma do Estado e também o princípio da soberania interna.

No final do século XIX edifica-se a ideia de que a soberania não está relacionada ao povo, nem ao rei, mas no próprio Estado. A subordinação do poder legislativo dá-se diante da lei constitucional e dos direitos fundamentais nela estabelecidos. O modelo do estado de direito aperfeiçoa-se e completa-se em um modelo conhecido como estado constitucional de direito. A soberania interna surge como poder absoluto, mas em contraponto, já não existe mais nenhum poder absoluto, estando todos os poderes subordinados ao direito.

Entre o final do século XIX e início do XX, o estado de direito cresce internamente e o absoluto externamente, em um movimento simultâneo e paradoxal.

A promulgação da Carta da ONU, em 1945, e com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (BRASIL, 2013), em 1948, põe fim ao paradigma da soberania externa, depois da mesma ter atingido seu ápice com as duas guerras

mundiais. Mediante esses dois documentos históricos, a soberania externa assume um plano de civilidade, subordinando-se juridicamente à duas normas fundamentais: o imperativo da paz mundial e a tutela dos direitos humanos enquanto direito universal.

Hoje, vive-se em um mundo que pode ser equiparado a uma aldeia global repleta de desequilíbrios. Em virtude do desenvolvimento vertiginoso de novas tecnologias nas últimas décadas, inclusive no setor das comunicações, grande parte dos cidadãos tem acesso à informação de todos os lugares do globo. Na contemporaneidade nada mais é estranho.

A soma desses fatores torna mais urgente e mais concreta do que nunca, a hipótese de uma integração internacional baseada no direito. Por razões óbvias, essa crise do Estado é uma crise de época, com consequências imprevisíveis. O paradigma deve ser aquele do estado constitucional de direito, que foi dado pelas experiências das democracias modernas, ou seja, sujeição às leis dos organismos da ONU, de sua reforma em sentido democrático e representativo, da instauração de garantias que tornem efetivos o princípio da paz e os direitos fundamentais.

### **3 PERIGOS DA ORDEM GLOBAL: O PARADOXO SOBERANIA E CIDADANIA.**

No artigo 2º da Carta da ONU permanece o princípio da soberania dos Estados, incluindo a proibição de ingerência nas questões internas. É necessário acrescentar que a ciência jurídica internacional ainda não se libertou de uma espécie de complexo de inferioridade científica e jurídica, uma falta de segurança em si mesma, o que leva a uma infra valorização da dimensão normativa do direito internacional.

O plano de convivência pacífica estipulado com a Carta da ONU e com as diversas convenções sobre direitos humanos continua sendo um conjunto de promessas não cumpridas. Para Ferrajoli, “[...] el cambio de paradigma del derecho internacional que aquél implica sigue aún casi exclusivamente en el papel, pues no há sido realizado mediante la introducción de um adecuado sistema de garantias y de lãs correspondientes instituciones de garantias.” (FERRAJOLI, 2011, p. 480). Ao

contrário disto, o que se viu foi o crescimento das desigualdades e das violações aos direitos fundamentais, inclusive com o retorno da guerra nas relações entre Estados, acompanhada da ideia de outra vez ser legitimada enquanto modelo de governo do mundo e mecanismo de solução de conflitos.

Outra dificuldade, desta feita no tocante à cidadania, consiste nos limites estatais, que entraram em contradição com o universalismo dos direitos fundamentais. Este dilema veio à tona com a explosão do fenômeno migratório, eis que os direitos foram proclamados universais sem que fosse averiguado o custo dos mesmos. Segundo Ferrajoli, isto se deu em virtude de que “[...] la distinción entre hombre y ciudadano no creava ningún problema, al no ser verosímil ni previsible que los hombres y mujeres del nuevo mundo podiam llegar a Europa y pedir el cumplimiento de esa palabra.” (FERRAJOLI, 2011, p. 481).

Hoje o universalismo dos direitos humanos é posto à prova, principalmente na Europa, diante dos movimentos migratórios, pois já não basta a simples qualidade de pessoa, de ser humano, para a eles ter acesso. Ao discorrer acerca desse dilema, Ferrajoli fala em “[...] derecho de ciudadanía [...]” (FERRAJOLI 2011, p. 481). A cidadania está prevista em quase todos ordenamentos como pressuposto ao acesso e residência no território do Estado.

Assim, para a doutrina de Ferrajoli a cidadania deixou de ser a base da igualdade, fragmentando-se em cidadanias desiguais em razão da diferenciação entre “[...] ciudadanos optimo iure, semiciudadanos com permiso de residencia, refugiados, irregulares y clandestinos.” (FERRAJOLI, 2011, p. 481), o que em países ricos acabou por se tornar motivo de exclusão e discriminação.

Para Ferrajoli, toda a história do direito público moderno, que tem origem no nascimento dos Estados soberanos, pode ser entendida como a história de uma grande luta contra a soberania progressivamente amenizada com o desenvolvimento e aperfeiçoamento das formas de estado de direito. Da mesma forma, a cidadania, que nas origens do Estado moderno foi um fator de emancipação e inclusão, na atualidade entrou em confronto com a universalidade dos direitos fundamentais, tendo se transformado em um fator de exclusão e discriminação.

Essa mudança de paradigma fomentada pelo desenvolvimento de um direito internacional acarretou contradições e lacunas na soberania e na cidadania. Reconhecer tais contradições e lacunas no ordenamento internacional é identificar nessa embrionária constituição do mundo, formada pela Carta da ONU e pelas diversas cartas supranacionais de direitos humanos, uma extensão normativa, ainda que não efetiva, do paradigma constitucional do direito internacional.

Ao analisar o que estaria afetando o direito, Grau afirma que “[...] não é a globalização, isoladamente, nem mesmo a globalização financeira, mas, de um lado os sucessivos movimentos de acomodação do capitalismo, agora apontando no sentido de um *aggiornamento* do neoliberalismo.” (GRAU, 2011, p. 272).

Para Nunes, “[...] o neoliberalismo é o capitalismo puro e duro do século XVIII, mais uma vez convencido de sua eternidade, e convencido de que pode permitir ao capital todas as liberdades.” (NUNES, 2012, p. 184). Ainda discorrendo sobre a influência da globalização, o autor assevera que “[...] o que está mal na globalização atual é o neoliberalismo que a alimenta, a estrutura dos poderes em que ela se apoia, os interesses que serve, não a revolução científica e tecnológica.” (NUNES, 2012, p. 184).

Assim, depara-se com uma série de aspectos econômicos que circundam a nova realidade que a humanidade está submetida. Um mundo dotado de uma realidade virtual, ou mesmo de uma “virtualidade real” como afirma Castells (CASTELLS, 2003). Tais reflexos serão abordados no tópico que segue.

#### **4 A GLOBALIZAÇÃO AS NOVAS TECNOLOGIAS E O VAZIO DO DIREITO PÚBLICO INTERNACIONAL**

Enquanto fator determinante para esse novo paradigma internacional dos Direitos Humanos, não se pode olvidar de reservar um tópico especial, ainda que sucinto, para a discussão e análise dos avanços tecnológicos aos quais a humanidade foi – e continua sendo – submetida, principalmente nas últimas três ou quatro décadas.

A sociedade mundial foi inserida em um contexto de transformação socioeconômica principalmente em razão do advento e popularização da rede mundial de computadores – world wide web –, a Internet, que, com absoluta certeza, representa um dos principais avanços tecnológicos da humanidade.

Na visão de seu criador, a Internet deveria atuar como um espelho que refletisse as relações sociais, ou seja, como um suporte para auxiliar as pessoas a compartilharem documentos (pesquisas), se comunicarem e interagirem de forma mais prática e rápida. Entretanto, a cada dia este modelo comprovou que estava equivocado, eis que as interações passaram a ocorrer primeiramente e, às vezes exclusivamente, na web.

Há quem diga que a Revolução Digital pode ser equiparada à Revolução Industrial, entretanto o que não se pode negar é que a influência da Internet na vida humana é irreversível. Para Marcel Leonardi, a utilização e a dependência dos diversos serviços e facilidades oferecidos pela Internet modificaram radicalmente o comportamento humano (LEONARDI, 2012). Neste mesmo diapasão, a doutrina de Eros Grau assevera que as novidades implementadas na modernidade pela globalização decorrem das transformações instaladas pela terceira revolução industrial – revolução da informática, da microeletrônica, das telecomunicações (GRAU, 2011).

Na realidade, a partir dos anos 70 as bases materiais da sociedade já se organizavam em um novo contexto, aquilo que Castells chama de informacionalismo, ou seja, as tecnologias da informação passaram a produzir um impacto tão grande sobre as formas de produção de conhecimento, de tal modo que a cultura e a sociedade se transformaram imediatamente em nível global. Evoluiu-se, portanto, da era massificada para a era da informação, onde prevalece uma quantidade incomensurável de informações em fluxos permanentes. Noutras palavras, esta sociedade da informação é o ponto de partida para a compreensão dos movimentos do cidadão no contexto econômico, político e sociocultural. Impulsionada pela globalização econômica e cultural, abre espaço para as diferentes

vertentes ideológicas, associações cívicas e organizações políticas, apresentando novas formas de mobilização, que extrapolam os níveis geoterritoriais.

Quanto à influência das novas tecnologias nas interações sociais, principalmente através da mediação pelo computador, Raquel Recuero leciona que “[...] as pessoas adaptaram-se aos novos tempos, utilizando a rede para formar novos padrões de interação, criando novas formas de sociabilidade e novas organizações sociais.” (RECUERO, 2009, p. 89).

Já para a doutrina de André Lemos e Pierre Lévy esta nova etapa da comunicação mundial fomentada pela internet pode ter o condão de refletir em uma reconfiguração da cultura política dos Estados, segundo eles o uso de ferramentas de comunicação sem controle da emissão produzido por vozes livres e independentes, busca reconfigurar a cultura política contemporânea. Neste sentido, a medida que favorecem o acesso à informação e viabilizam o direito à liberdade de expressão, estas novas ferramentas da comunicação poderiam ser utilizadas em favor do Estado Democrático de Direito pois o objetivo é utilizar o potencial das ferramentas comunicacionais digitais para a expressão livre dos movimentos sociais e das articulações e reivindicações político ativistas (LEMOS; LÉVY, 2010).

Para o sociólogo polonês Zygmunt Bauman, houve uma transformação onde a modernidade, que poderia ser considerada sólida, passou a se tornar cada vez mais líquida, dotada de uma fluidez. Conforme Bauman, o que todas estas características dos fluidos mostram, em linguagem simples, é que os líquidos, diferentemente dos sólidos, não mantêm sua forma com facilidade. De acordo com o autor, os fluidos não fixam o espaço nem prendem o tempo (BAUMAN, 2001).

Na modernidade líquida tudo é volátil, a humanidade está submetida a um cenário de constantes transformações, as relações humanas não são mais tangíveis e a vida em conjunto passou a perder consistência e estabilidade. O que se percebe na realidade é que as transformações são tão relevantes e tão rápidas que, muitas vezes, quando estamos nos acostumando com uma nova realidade a mesma já começa a se mostrar defasada e em processo de substituição por outra ainda mais moderna (BAUMAN, 2001).

Neste cenário de liquidez, os contatos online possuem vantagem sobre os contatos off-line, eis que se caracterizam como mais fáceis e menos arriscados, o que para muitos pode ser um grande atrativo. E esta atração se dá pelo fato de que as relações através da rede – que como já foi dito eram para ser de mero suporte, mas que a cada dia aparentam estar galgando o posto de primeiro lugar nas relações sociais – tornam fáceis os atos de se conectar e se desconectar, caso aquela determinada relação social pareça favorável ou desfavorável ao indivíduo, e isso ocorre sem qualquer necessidade de explicações complexas, censuras ou culpa.

Mas, se por um lado tudo parece muito prático e fácil, por outro lado pode haver uma desestruturação das relações sociais, eis que se tornam extremamente frágeis e efêmeras, podendo ocasionar o que Dominique Wolton descreve como solidões interativas, eis que em uma sociedade onde os indivíduos estão liberados de todas as regras e obrigações, a prova da solidão é real, como é dolorosa a tomada da consciência da imensa dificuldade que há em entrar em contato com o outro (WOLTON, 2013).

Ao referir-se ao mundo capitalista Bauman ensina que existe o agente consumidor, usuário dos bens ou serviços disponíveis, sendo que a sua frustração maior não consiste na falta do produto, mas sim a multiplicidade de escolhas disponíveis entre os produtos oferecidos para seu consumo (BAUMAN, 2001). Esta frustração ocorre tendo em vista que tal realidade faz com que seja necessário abrir mão de várias possibilidades para ficar com apenas uma ou algumas alternativas. E então percebe-se de forma cristalina o fenômeno do consumismo exacerbado, fomentado por este capitalismo financeiro desenfreado, levado a cabo em detrimento de qualquer fator humanístico, globalização sem quaisquer regras que Ferrajoli denomina “poderes globales salvajes” (FERRAJOLI, 2011).

Neste mesmo sentido se manifesta Barber quando afirma que “[...] o mercado não parece ser o melhor instrumento para a regulamentação e o controle dos interesses coletivos; e os supostos democratas que vêem o mercado como fonte de normas e valores democráticos estão enganados.” (BARBER, 2003, 277).

Ao abordar a questão do consumismo Bauman ensina que as condições econômicas e sociais precárias treinam homens e mulheres (ou os fazem aprender pelo caminho mais difícil) a perceber o mundo como um contêiner cheio de objetos descartáveis, objetos para só uma utilização (BAUMAN, 2011), sendo que nesta gama de objetos ele ainda inclui os seres humanos.

Assim, conclui-se que o fenômeno da modernidade líquida onde a maioria das situações e relações são caracterizadas por uma falta de significação – uma efemeridade – somada ao consumismo fomentado pelo neoliberalismo, acaba por tornar tudo descartável. Em um cenário como este, certamente, a valorização do ser humano e de seus direitos fundamentais universais torna-se tarefa árdua e, via de regra, deixada em um segundo plano. Neste contexto em que a garantia destes Direitos Humanos acarreta a necessidade de retomarmos e reiterarmos o entendimento de que é necessária uma transformação social, uma mudança de postura a nível global, na qual se retome a preocupação com valores sociais pautados na efetiva universalização e materialização destes Direitos Humanos que continuam a ser violados inúmeras vezes.

## CONCLUSÃO

Diante da realidade apontada no presente estudo, percebe-se que a ciência jurídica internacional está presa a um complexo de inferioridade, resultante da falta de segurança em si mesma. Em decorrência disso surge uma infra-valorização da dimensão normativa do direito internacional.

O plano de convivência pacífica, estipulado através da Carta da ONU, e própria Declaração dos Direitos Humanos a cada dia se apresentam apenas como meras palavras no papel, sendo um conjunto de promessas não cumpridas. Quando deveria ter havido uma humanização das relações, o que se viu, nas últimas décadas, foi o crescimento de todo o tipo de desigualdades e violações aos direitos fundamentais.

A cidadania, deixou de ser a base da igualdade, fragmentando-se em cidadanias desiguais, tornou-se pressuposto de acesso e residência no território de

um determinado Estado, passou a ser exigido como condição para a concessão de determinados direitos – direitos de cidadania –, tornando-se, assim, motivo de exclusão e discriminação.

A globalização financeira acarretou na deterioração da capacidade do Estado de pôr o direito (direito posto). Os mercados financeiros ora globalizados passaram a ser governados por outros sujeitos que não o Estado. Um exemplo cristalino dessa intervenção está na discussão da possibilidade da OMC vir a regular a livre intervenção dos Estados na valorização ou desvalorização de suas moedas.

Considerando que a Globalização, enquanto processo de desterritorialização das relações econômicas e sociais, pode ser considerada como um dos principais pontos de ataque ao que até então conhecemos por soberania, cujo contexto é rigorosamente territorial. Assim, a unidade entre poder de regulação jurídica e esfera territorial se esvai, dissolvendo-se no ar diante de uma nova realidade fluida. Nesse contexto planetário, estariam viabilizadas assim semissoberanias e hiper-soberanias.

Porém a globalização não pode ser vista somente em seu aspecto negativo, diz Nunes, talvez seja preciso transformar o Estado capitalista que hoje se apresenta de forma muitas vezes cruel e desumana, passando a pautá-lo em valores sociais fundamentados na dignidade.

Por fim, a presente reflexão demonstra que a humanidade está enfrentando um momento de mutação. Se as novas tecnologias fomentaram o desenvolvimento de novas relações sociais, uma verdadeira transformação na humanidade – e que ainda está acontecendo neste exato momento – evidentemente resultaria também em profundas alterações político-jurídicas.

A Democracia representativa está em crise, as formas de representação estão se fazendo cada vez mais insuficientes e inefetivas, causando a quebra de confiança, uma ruptura na relação entre o poder político e o povo. Os poderes de soberania de uma nação, assim como os poderes de um mandatário de uma superpotência já não são mais poderes em seu Estado nacional, mas sim supranacional.

Tanto os Estados como seus cidadãos deixaram de ser apenas destinatários do ordenamento nacional. Estão agora expostos ao direito internacional, o que afeta as mais diversas áreas. Talvez o principal efeito dessa crise do Estado é o vazio do direito público internacional, ocasionado pela falta de regras, limites e garantias de paz e do efetivo cumprimento dos direitos humanos. Não se trata de um vazio de direito, mas um vazio de direito público, que pode resultar em um neoabsolutismo global sem precedentes na história.

Diante disso, faz-se urgente a necessidade de repensar a esfera pública. Eis que se apresenta cada vez menos a altura dos novos poderes supraestatais. Imperioso seguir em uma busca incessante à tutela de interesses gerais, como a paz, a segurança e os direitos fundamentais, ainda que a chamada modernidade líquida muitas vezes nos impeça ou ponha obstáculos ao nosso bom entendimento do que acontece no mundo ao nosso redor. Há que se sanar as lacunas, estabelecer mecanismos de garantia, estancando assim a ineficiência estrutural que ainda permite constantes violações à humanidade.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Declaração Universal Dos Direitos Humanos**. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 24 out. 2013.

BARBER, Benjamin R. **Jihad X Mcmundo**. Rio de Janeiro: Record, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

COPETTI NETO, Alfredo. Uma perspectiva garantista do liberalismo e da democracia – marcos históricos e possibilidades contemporâneas edificados a partir de principia juris. In: VIANNA, T.; MACHADO, F. (Coord.). **Garantismo penal no Brasil**: estudos em homenagem a Luigi Ferrajoli. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del derecho y de la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

FRIEDEN, Jeffry A. **Capitalismo global**: história econômica e política do século XX. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2011.

LEMOS, André; LÉVY, Pierre. **O futuro da internet**: em direção a uma ciberdemocracia. São Paulo: Paulus, 2010.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MANN, Michael. **O império da incoerência**: a natureza do poder americano. Rio de Janeiro: Record, 2006.

NUNES, Antônio José Avelãs. **A crise atual do capitalismo**: capital financeiro, neoliberalismo, globalização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. ONU, 1948. Disponível em:  
<[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2013.

RECUERO, Raquel. **Redes Sociais na Internet**. Porto Alegre: Sulina, 2009.

WOLTON, Dominique. **Internet, e depois?** Uma teoria crítica das novas mídias. Porto Alegre: Sulina, 2013.