

ISSN 2175-2176



IAB *INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS*

Revista Digital

**Ano IV - Número 15
Julho a Setembro de 2012**

Conselho Editorial

Coordenador-Geral

Fernando Maximo de A. Pizarro Drummond

Conselho Editorial

Antonio Luiz Calmon Teixeira da Silva - BA

Alexandre Brandão Martins Ferreira - RJ

Claudia Lima Marques - RS

Cláudio Araújo Pinho - MG

Éster Kosovski - RJ

Geraldo Luiz Mascarenhas Prado - RJ

José Ribas Vieira - RJ

Luiz Dilermando de Castelo Cruz - RJ

Vitor Sardas - RJ

INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS.

REVISTA DIGITAL

Rio de Janeiro: IAB, 2012.

Ano IV – Número 15. Julho a Setembro de 2012

Periodicidade: Trimestral

Acesso: <http://www.iabnacional.org.br>

ISSN 2175-2176

FICHA CATALOGRÁFICA

Índice

- 4** **ALMEIDA, Gustavo Martins**
Breve Histórico da Evolução do Direito de Autor no Brasil, no Século XIX
- 30** **COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda**
O HC no Sistema Processual Penal Brasileiro Hoje. (O Problema da Substituição Recursal)
- 41** **MEDEIROS, Benizete Ramos de; MILAGRES, Juliana**
Colisão entre Poderes do Empregador e as Modernas Tecnologias como Meio Produtivo
- 69** **SANTOS, João Batista dos**
Reflexões sobre a Incorporação de Sociedade, Sucessão de Empresas e Solidariedade.
- 74** **SOARES, Paulo Brasil Dill**
Os Contratos Relacionais e o Dever de Informação Como Cláusula de Proteção no Código de Defesa do Consumidor

BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DO DIREITO DE AUTOR NO BRASIL, NO SÉCULO XIX.

*** Gustavo Martins Almeida**

Esse artigo pretende mostrar os principais aspectos do direito de autor no Brasil, no século XIX, tendo como referências a progressivamente maior presença do tema na legislação, das Ordenações Filipinas à Constituição de 1891 e esboço do Código Civil, passando pelas práticas de leitura e pelo surgimento do mercado editorial.

INTRODUÇÃO.

A partir do século XIX a história do direito de autor no mundo vai se tomando cada vez mais complexa, à medida que fatos relevantes, principalmente os decorrentes do aprimoramento tecnológico, vão se sucedendo, multiplicando as formas pelas quais o conhecimento passa a circular entre os indivíduos e os povos.

Pedra, argila, papiro e pergaminho. Eis alguns dos suportes nos quais se registravam, e pelos quais circulava, em diferentes épocas, o conhecimento. Do registro ocuparam-se, em diversos momentos, diferentes profissionais, de escribas a monges. Até 1400 os livros são manuscritos, os mecenas contratam escravos para reproduzi-los, o que permite que, às vezes, os copistas se atribuam a autoria das obras.

As universidades são criadas a partir do século XIII, o que aumenta os beneficiados por cursos mais sistematizados e, ao mesmo tempo, o conhecimento passa a constituir fonte de poder. É o fim da Idade Média, início do Renascimento.

No início do século XV Gutenberg inventa os tipos móveis para a imprensa, inovação tecnológica que representou para a época, o que a internet representa hoje para o mundo. Na esteira da invenção de Gutenberg, outras tecnologias se desenvolvem, como o design de tipos,

hoje conhecidos como fontes. Despontam nomes como Garamond (hoje uma “fonte” de tipos de computador), que era um dos mais famosos impressores de livros da época. Giovanni e Aldo Manunzio, em Veneza, obtêm os primeiros privilégios - autorizações exclusivas para impressão de livros concedidas pelos reis, geralmente por 14 anos, findos os quais os direitos retornavam aos autores - para impressão de livros. Depois de Gutenberg o livro começa a circular de forma mais significativa, pois representa, na forma de códex¹, e não mais rolo de papiro ou pergaminho, o suporte material privilegiado, por sua portabilidade e capacidade de armazenamento de conteúdo². Veicula tanto idéias religiosas, quanto divulga relatos de viajantes, bem como diferentes gêneros literários, como os sermões. O sermonário do Jesuíta Padre Vieira, por exemplo, foi publicado na Europa entre 1644 e 1678.

Ou seja, é através de inovações tecnológicas que, favorecendo a circulação de idéias, os modos de produção, registro e transmissão do conhecimento se alteram e começam a surgir questões relativas à *propriedade* dos conhecimentos e aos direitos sobre sua circulação.

Pode-se dizer que, a partir de Gutenberg, o processo de transformação do conhecimento e de sua conversão em mercadoria se acelera intensamente. Simultaneamente, sofisticase sua base técnica, já que a feitura do livro “deslizou das mãos do copista para a do impressor”³.

As máquinas são caras, assim como o método de produção, e as chamadas corporações vêm que o livro adquire valor econômico, além de fator de difusão de idéias⁴. Os editores começam também a disputar a primazia pela impressão e comercialização dos livros e surge a idéia da compra do manuscrito⁵ como sinal de preferência para impressão das obras.¹ É neste contexto

¹ “Os latinos deram ao Livro formado com folhas de papiro ou de peles, dobradas e reunidas em cadernos, o nome de codex=códice - e mantiveram para ele as denominações *libver*, *volumen* *tomus*, dadas ao rolo da *charta aegyptiaca*. Séculos mais tarde, os antigos empregariam as palavras *codex* e *volumen* como sinônimos genéricos de livro.” “O codex já conta mil e setecentos anos de uso, sem modificação maior na sua estrutura: é o nosso Livro. Não há sinal de que possa vir a ser substituído por um irmão mais pratico.” TEIXEIRA, José Oliveira de., A Fascinante História do Livro, Kosmos editora, 1989, vol. III, p. 190 e 188.

² “Meme s'il est désacralisé, le livre n'em demeure pás moíns, au seuil Du XXle siècle, Le support le moíns imparfait - ou Le plus pariait - de La pensée écrite. Et l'écran d'ordinateur. dans CET Office, est loin de l'égalier. Il n'est pas prêt, n'en déplaie aux zelateurs du multimédia ou aux adeptes de Mc Luhan, de l'évincer.” BAILE, Francis, Médias et Sociétés, Ed. Montechrestien, 8e édition.

³ TEIXEIRA, José Oliveira de, A Fascinante História do Livro, Kosmos Editora, 1989, vol. IV, p.91.

⁴ “Temos visto que, exceção feita de alguns poucos nomes, a grande maioria dos primeiros tipógrafos-editores era constituída de homens de poucas letras: aprendizes arrojados, que se lançaram a aventura de uma indústria promissora. E aí temos a razão por que as primeiras edições impressas se constituíram com a predominância de textos religiosos, simplesmente prolongamento do trabalho dos copistas: familiares dos proto-impressores; de venda certa, confirmada por séculos de um comércio sem surpresas. A aproximação de editores e humanistas-eruditos estava na ordem natural das coisas: da consulta e do conselho-recomendação em encontros casuais chegaram ao contrato de trabalho, à metamorfose do revisor de textos em impressor humanista.”, TEIXEIRA, ob. Cit.

⁵ “Estes [os literatos] são necessariamente ligados aos livreiros, pois seria pura fantasia um autor querer editar suas próprias obras. Diderot fala de experiência própria: “cheguei a exercer a dupla profissão de autor e livreiro, escrevi e publiquei

que surgem dois conceitos relevantes que, atravessando os séculos, permitem uma compreensão mais acurada de questões que se manifestam neste nosso século XXI: é necessário distinguir (1º) a obra em si, o chamado "corpus mysticum" e o (2º) o suporte material no qual ela se corporifica, o "corpus mechanicum". O suporte material sofre alterações visíveis ao longo do tempo; é representado pelo livro, pelo pôster, carta, vídeo, quadro, enquanto a obra, na sua essência - salvo as de artes plásticas - se mantém intacta.

O cobiçado, mas nem sempre possível, *imprimatur*² gera um mercado paralelo de edições. O tal comércio é dificultado pela inexistência de livrarias, e pelo fato de que edições eram publicadas sem a autorização do rei, da igreja e muitas vezes dos seus próprios autores, fugindo da censura real e dos verdadeiros titulares de direitos. Logo são impressas reproduções não autorizadas dos livros - nem pelos autores, nem pelo rei, nem pela Igreja - e para comercializá-las surgem as figuras dos buquinistas³ e os *colporteurs*⁴.

Em virtude de verdadeiro confronto social decorrente da oposição entre editores e autores a respeito da titularidade do direito de publicar obras literárias, surge na Inglaterra, em 1710, o

várias vezes por minha própria conta, e posso assegurar-lhe que nada se concilia tão mal quanto a vida ativa do comerciante e a vida sedentária do homem de letras. Como somos incapazes de fazer uma infinidade de delicadezas, entre cem autores que desejassem escoar eles próprios suas obras, noventa e nove teriam dificuldades e se enfadariam". Ser seu próprio editor supõe, com efeito, fazer um acordo com os livreiros, que se encarregariam da venda da obra que o autor imprimiu a sua custa. Esta operação comporta riscos e problemas: "Os correspondentes da província nos pilham ⁵ impunemente; o comerciante da capital não está suficientemente interessado na venda de nossa obra para passá-la adiante. Se o desconto que lhe é dado é grande, o lucro do autor se esvai; e depois, manter livros de receita e despesa, responder, trocar, receber, enviar, que afazeres para um discípulo de Homero ou de Platão! "Conclui-se da necessidade de passar pelas mãos dos livreiros, como Diderot descobriu a suas próprias expensas. Obrigados a vender seus manuscritos aqueles que os irão publicar, os autores só podem esperar uma coisa: que as cláusulas da transação lhes sejam o menos desfavoráveis possível. Para Diderot, só o firme reconhecimento da propriedade dos escritores sobre suas "produções" e a segurança que se dá aos livreiros pela certeza da perpetuidade de seus privilégios podem garantir o pagamento de um preço justo das obras cedidas pelos primeiros e adquiridas pelos segundos. É bem verdade que, para os autores que não conseguem viver de seus bens ou de seus cargos, a atividade literária poderia, de forma ideal, ser desvinculada de qualquer remuneração graças a liberdade do soberano, traduzida em pensões, gratificações ou empregos." CHARTIER, Roger, no Prefácio da *Carta sobre o Comércio do Livro*, manuscrito de Denis Diderot, de 1764, edição traduzida da Ed. Casa da Palavra, Rio de Janeiro, 2002, pp. 19 e 20.

¹ Resquício dessa prática se encontra na lei 9610/98, atual lei de direito autoral brasileira, que estipula: "Art. 38. O autor tem o direito, irrenunciável e inalienável, de perceber, no mínimo, cinco por cento sobre o aumento do preço eventualmente verificável em cada revenda de obra de arte ou manuscrito, sendo originais, que houver alienado." O mesmo se encontrava na lei anterior, a 5988/73: "Art. 39. O autor, que alienar obra de arte ou manuscrito, sendo originais ou direitos patrimoniais sobre obra intelectual, tem direito irrenunciável e inalienável a participar na mais-valia que a eles advierem, em benefício do vendedor, quando novamente alienados."

² Palavra latina que significa pode ser impresso, e correspondia a autorização de bispos da Igreja Católica, ou de reis, para a impressão de livros, após seu exame, foi instituída no Concílio de Trento (1545/1563)

³ Bouquinistes, origem dos vendedores de livros usados que se situam hoje no comércio ambulante às margens do Rio Sena

⁴ French. alteration (Influenced by cal, neck, from the idea that peddlers carry their wares on trays suspended from strops around their necks) of Old French *comporteur*, from *comporter*, to conduct, peddle: see *comport*.] Guy de Maupassant, *Le Colporteur*, "Oui. Monsieur, je suis colporteur de profession et j'habite Asnières", <http://un2sg4.unige.ch/athena/selva/maupassant/textes/colporle.html>. "Impossível esquecer o comércio de livros nas grandes cidades e mais o estabelecido nas pontes, cais e praças públicas de Paris, onde pululavam, também os *colporteurs*. Devia constituir concorrência séria para a livraria de porta e balcão, pois a *communauté des librairies* conseguiu, em 1650, o fechamento dos *boutiques Du Pont Neuf*." TEIXEIRA, ob. cit., vol. IV. pp233/234.

Estatuto da Rainha Ana, a primeira lei de direito autoral de que se tem notícia no mundo, concedendo 14 anos de exclusividade aos editores para a edição de livros.¹

Era o princípio de uma característica de tensão institucional, que até hoje persiste, em variados graus de intensidade, nas formas tradicionais de publicação. Se o autor não escreve, o que o editor vai publicar? Mas sem máquinas, tintas, papel e rede de distribuição, como o autor de manuscrito vai tomar pública e comercializar sua obra, fruto de estudos, emoções e desgastes, que pode vir a se tornar célebre?

Com a Revolução Francesa e proclamação dos direitos do homem, em 1789, a França inicia a sua legislação de direito autoral, entre 1790 e 1793.

A perspectiva era a de que, com o início da legislação, os graves desajustes da época começariam a se reduzir e "não se repetiriam mais, para o futuro, pelo menos por falta de proteção teórica da lei, os espetáculos desoladores da filha de Strauss morrendo de fome, na mesma ocasião em que uma opereta paterna rendia milhões aos empresários, nem os dos filhos de Milliet assistindo, esfarrapados, a disputa, em leilão, das obras do pai, vendidas por este a negociantes de arte." ²

Durante os séculos XVIII e XIX quase todos os países do mundo vão formando suas primeiras leis nessa matéria³, até que se realiza a Convenção de Berna, de 1871, tratado que começa a uniformizar o entendimento do direito autoral no âmbito internacional.⁴

NO BRASIL

Com a chegada da Corte portuguesa ao Rio de Janeiro, em março de 1808, a cidade, que até então vivia em condições urbanas precárias, sofreu mudanças relevantíssimas. Modernizou-se

¹ "An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned." Ver a íntegra e fac símile do texto no site <http://www.copyrighthistory.com/anne.html>

² SANTIAGO, Oswaldo, *Aquarela do Direito Autoral*, Rio, 1946, Gráfico Mangione

³ Alguns exemplos coligidos por Oswaldo Santiago: República Cisalpina, 1797; Holanda, 1796, Confederação Germânica, 1794; Reino da Lombardia. 1810; México 1821, Dinamarca. 1828; Grécia 1834.

⁴ Hoje a Convenção tem como partes aderentes 164 países, da Albânia ao Zimbábue, como se pode verificar no site da World Intellectual Property Organization (WIPO), ou OMPI, Organização Mundial da Propriedade Intelectual, tendo o Brasil aderido à Convenção em fevereiro de 1922. http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResuils.jsp?country_id=ALL.&start_year=ANY&end_year=ANY&search_what=C&treaty_id=I 5

e é no espírito desta modernização continuada, e no que ela afeta a esfera da produção dos bens culturais, que se destacam as seguintes datas, ao longo do século XIX:

1808 - Abertura dos portos

1808 - Criação da Imprensa Régia

1810 - Criação da Biblioteca Nacional

1821 - 25 abril Dom João volta para Lisboa

1821 - 28 de agosto fim da censura prévia

1822 - Independência do Brasil

1824 - 1ª Constituição

1827 - Criação dos cursos jurídicos no Brasil

1830 - Código Penal reprime reprodução indevida de obras

1833/1838 - Fundação da Livraria Universal por Eduard Laemmert e da Typographia Universal por Eduard e Heinrich Laemmert

1844 - Criação da Livraria Garnier

1854 - Criação Livraria Clássica (futura Editora Francisco Alves)

1860/1893 - Criação de várias livrarias e editoras

1864 - Publicação de *Crisálidas*, primeiro livro de poemas de Machado, por Baptiste Louis Garnier

1877 - Fonógrafo de Edison

MARCOS LEGAIS

Inevitavelmente, um dos aspectos de divulgação dos feitos e dos hábitos da nova administração seria a imprensa, que junto com a publicação de livros, começa a formar uma consciência nacional.

Na sequência de permissão para atividades de imprensa, destacam-se três eventos. **Primeiro**, em 28 de agosto 1821, o fim da censura prévia, através do aviso nº 51, reproduzido a seguir, destacando-se a ordem para que “não se embarace por pretexto algum a impressão que se quizer fazer de qualquer escrito”.

N. 51.— REINO.— EM 28 DE AGOSTO DE 1821

Sobre a liberdade da imprensa.

Tomando S. A. Real em consideração quanto é injusto que depois do que se acha regulado pelas Côrtes Geraes Extraordinarias e Constituintes da Nação Portuguesa sobre a liberdade da imprensa, encontrem os autores ou editores inesperados estorvos á publicação dos escriptos que pretenderem imprimir: E' o mesmo Senhor servido mandar que se não embarace por pretexto algum a impressão que se quizer fazer de qualquer escripto, devendo unicamente servir de regra o que as mesmas Côrtes tem determinado sobre este objecto. O que V. S. fará presente na Junta Directora da Régia Officina Typographica para que assim se execute.

Deus Guarde a V. S.— Paço em 28 de Agosto de 1821.— *Pedro Alvares Diniz*.— Sr. José da Silva Lisboa.

Tal aviso parece não ter sido baixado por acaso, pois naquele mesmo ano foi extinto o Tribunal de Inquisição em Portugal, e o Decreto de 4 de julho de 1821, das Cortes Constituintes portuguesas, restabelecera a liberdade de imprensa em Portugal.

Em primoroso artigo, "Do Privilégio à Propriedade literária: a questão da autoria no Brasil Imperial (1808-1861)" ¹⁴, a Professora e Pesquisadora LUCIA MARIA BASTOS P. NEVES aborda a questão retratada no título, apresentando relato minucioso de vários pedidos de privilégios (autorizações para impressão de livros), então dirigidos à Mesa Desembargadora do Paço. O atendimento a tais pedidos concedia o privilégio solicitado por períodos em torno dos 14 anos (como que seguindo a regra do Estatuto da Rainha Anne, antes referido).

Não se esqueça também da prática de dedicatória de livros a soberanos, muitas vezes contrapartida de benefícios obtidos ou pleiteados¹.

¹ "Ainda no Século XVIII, a dedicatória representava-se como uma das melhores formas de atrair as boas graças de um rei. (CHARTIER, 1996:190) Especialmente no ambiente do Antigo Regime, em que o aspecto físico das obras era altamente considerado, e o material com que se fabricava a página tão importante quanto a mensagem nela impressa. (DARNTON, 1996: 401-402) O oferecimento de uma obra estava ainda sujeito a outra ocorrência, a da apropriação de uma publicação. A valorização do ato de se dedicar uma obra, e dos privilégios que poderiam ser adquiridos, levou livreiros e tradutores a se apropriarem de uma obra para dedicá-la. Doavam obras que não haviam escrito, utilizando-se do texto dos dedicatórias para buscar para si a proteção real, o que ocasionava rivalidade, especialmente entre o autor do obra e aquele que havia produzido a edição." DELMAS, Ana Carolina Galante, *A Impressão Régia e as práticas de homenagem: dedicatórias impressas no Brasil joanino*. [HTTP://www.encontro2008.rj.anpuh.org/resources/content/anais/1212884769_ARQUIVO_AnaCarolinaGalanteDelmas.pdf](http://www.encontro2008.rj.anpuh.org/resources/content/anais/1212884769_ARQUIVO_AnaCarolinaGalanteDelmas.pdf) .

Mas, a partir de 1821, com o fim da censura, houve forte estímulo à produção intelectual, e a partir de 1824, com base na Constituição outorgada por D. Pedro, os pedidos começaram a fundamentar-se no direito de propriedade, expressamente previsto naquela carta constitucional¹.

Note-se que não existe na Constituição de 1824 menção a *direito de autor*, e sim *ao de inventor*. São, é verdade, matérias correlatas, mas bem distintas. O direito de autor se refere às criações literárias artísticas e científicas, vinculadas moralmente para sempre ao seu criador e com faculdades de utilização patrimonial das obra por seu titular, por tempo previsto na lei, enquanto a propriedade industrial trata de invenções passíveis de registros patente com prazos de proteção menores e que podem ser vinculadas a terceiros.

Nesse particular, registre-se que o direito sobre patentes chega ao Brasil antes do direito autoral, pois por alvará do Príncipe Regente, de 28 de abril de 1.809 (anexo), dentre outras providências, ficam isentas de direitos as matérias primas do uso das fábricas e concedidos outros favores a fabricantes e integrantes da navegação nacional².

Para melhor situar o tema, o direito de autor só viria a ser entronizado no âmbito constitucional em 1891, com a Constituição da República.

Um **segundo aspecto**, da evolução legislativa brasileira, no âmbito do direito autoral, após o fim da censura, diz respeito à expressa manutenção da legislação portuguesa vigente no Brasil até 1821 conforme Lei de 1823 reproduzida seguir, aí incluídas as **Ordenações Filipinas**.

¹ "A Mesa, assim o concedia, pautando-se na Constituição do Império (ort. 179,§ 26), em que estava '**plenamente garantido o Direito de Propriedade** e igualmente o da invenção, concedendo-se por esta *Privilégio Exclusivo*'." (Aqui o fundamento do direito de propriedade foi o do inventor, do § 26, e não o da propriedade em geral, do § 22).

² Destaque para a seguinte disposição: "***VI. Sendo muito conveniente que os inventores e introdutores de alguma nova máquina e invenção nas artes gozem do privilégio exclusivo, além do direito que possam ter ao favor pecuniário, que sou servido estabelecer em benefício da indústria e das artes, ordeno que todas as pessoas que estiverem neste caso apresentem o plano de seu novo invento à Real Junta do Comércio: e que esta, reconhecendo-lhe a verdade e fundamento dele, lhes conceda o privilégio exclusivo por quatorze anos, ficando obrigadas a fabricá-lo depois, para que, no fim desse prazo, toda a Nação goze do fruto dessa invenção. Ordeno, outrossim, que se faça uma exata revisão dos que se acham atualmente concedidos, fazendo-se público na forma acima determinada e revogando-se todas as que por falsa alegação ou sem bem fundadas razões obtiveram semelhantes concessões.***" In denisbarbosa.addr.com/alvorah.htm

Esclareça se que o direito no Reino de Portugal foi regulado por Ordenações, que nada mais eram que compilações das leis vigentes durante quase 400 anos e cujos reis que as promulgaram emprestaram-lhes o nome¹:

Ordenações do Reino	
Ordenações Afonsinas AFONSO V em 1480	Promulgadas por D.
Ordenações Manoelinas MANUEL I em 1520	Promulgadas por D.

Portanto, como, pela Lei de 1823, reproduzida em anexo, vigoravam no Brasil as Ordenações Filipinas veja-se que, justamente o Título 102 (CII) das referidas Ordenações mandava **não imprimir obra literária sem a licença do Rei**², especificando que ela deveria ser examinada pelos Desembargadores do Paço e depois pelos oficiais do Santo Ofício da Inquisição. Confira o anexo, fac símile das Ordenações no trecho referente ao Título acima.

Com os avisos de fim da censura prévia, no Brasil e em Portugal, suprimiu-se um controle de publicação de obras no país.

Em **terceiro** lugar, também marco importante da evolução do Direito Autoral no Brasil foi a lei que criou os cursos de ciências jurídicas e sociais em São Paulo e Olinda, 11.8.1827, pois ela concedia privilégios aos professores para utilização exclusiva, por 10 anos, dos compêndios por eles elaborados, como explicitava o art. 7º:

*Art. 7º "Os lentes farão as escolhas dos compêndios da sua profissão, outros arranjarão, não existindo já feitos, contanto que as doutrinas estejam de acordo com o sistema jurado pela nação. Esses compêndios, depois de aprovados pela Congregação, servirão interinamente, submetendo-se, porém à aprovação da Assembléia Geral; o Governo fará imprimir e fornecer às escolas, competindo aos seus autores o privilégio exclusivo da obra por dez anos."*³

Já se vê por esses atos legislativos, por um lado, a perda e redução do controle imperial sobre a publicação de obras e, por outro, uma proporcional liberdade de impressão sem controle.

¹ Ives Gandra da Silva Martins Filho. O Ordenamento Jurídico Brasileiro, in Revista Jurídico Virtual, nº 3, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_03/ordenamento%20jur%20brasII.htm

² "Título CII. Que se não imprimam Livros sem licença Del Rey"

³ [HTTPS://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-11-08-1827.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-11-08-1827.htm)

Destaque-se que os cursos de direito no Brasil foram criados no período pós-independência, com a perspectiva de toda uma regulamentação jurídica da Nação recém criada, e num ambiente de efervescência cultural, com avidez de consumo de obras literárias o surgimento de uma “alma brasileira”.

Mas os conflitos de interesses que naturalmente surgiriam em qualquer nova sociedade, e no caso no setor cultural, mais especificamente nas questões referentes a autoria e reprodução de obras literárias, tinham como base legal unicamente o direito de propriedade, inserido na Constituição de 1824, no art. 179, inciso 22:

“XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle previamente indenizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta única excepção, e dará as regras para se determinar a indemnização.”¹

Esse era o dispositivo utilizado por advogados e Juízes para fundamentar os pleitos e as decisões judiciais sobre a matéria de direito autoral.

Salientem-se mais dois outros aspectos peculiares: (a) o Tratado de reconhecimento da independência do Brasil, por Portugal, de 1825, que resguardava os direitos e propriedades dos súditos portugueses, no qual se apoiavam as reclamações de plágios reproduções indevidas de suas obras no Brasil e (b) a expansão dos transportes a vapor pela costa brasileira – que acabavam por facilitar a difusão das obras literárias para os mais longínquos pontos do país -, tanto que a Constituição de 1891 é inovadora e bem ampla na regulamentação da navegação e dos portos, como destaca LUCIA NEVES².

Posteriormente, o Código Criminal do Império, lei de 16.12.1830, art. 261, tipifica o crime de reprodução das obras, possivelmente em decorrência do abuso decorrente da liberação das tipografias e fim da censura no Brasil.

"Art. 261. Imprimir, gravar, litografar, ou introduzir quaisquer escritos ou estampas, que tiverem sido feitas, compostas, ou traduzidas por cidadãos brasileiros, enquanto estes viverem e (dez) 10 anos depois de sua morte, se deixarem herdeiros:

¹https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm

² Ob. cit., . p. 8

Penas: de perda de todos os exemplares para o autor, ou tradutor, ou seus herdeiros, ou a falta deles, de seu valor e outros tanto, e de muita igual ao três dobro do valor dos exemplares”

O fato é significativo, pois antes mesmo de se reconhecer o direito autoral isoladamente, já se considerava ilícito penal reproduzir obra de terceiros. O reconhecimento de determinada conduta como ato passível de pena criminal, cujo objetivo é evitar que ele seja praticado, mostra a repulsa do legislador, certamente decorrente da pressão de setores atingidos por essas práticas.

PANORAMA CULTURAL DO SÉC. XIX NO BRASIL

Mas, além das passagens do aparato legal que pautava a vida brasileira, inúmera outros fatores convergiam para o desenvolvimento vertiginoso do mercado editorial no Brasil. Uma sociedade ávida por seguir os hábitos da Corte portuguesa (mesmo que a inadequada casaca preta fizesse os homens suar nos Teatros iluminados a lampiões e velas), a afluência e ascendência dos estudiosos de Coimbra na política, aos quais se agregavam os de São Paulo e Olinda, a crescente literatura portuguesa, cujas obras eram copiadas e impressas livremente, e uma burguesia pequena, mas com alta concentração de capital eram fatores significativos nesse panorama.

O crescimento do público leitor nessa pequena, mas significativa, parcela da população era enorme, e os clássicos portugueses (Alexandre Herculano e Almeida Garret) eram livremente “reproduzidos”¹. Recomenda-se a leitura do artigo “Polêmicas Literárias e mercado editorial Brasil-Portugal na segunda metade do séc. XIX”, de VALÉRIA AUGUSTI, no qual se abrange essa polêmica. Afinal, os autores portugueses eram publicados e festejados no Brasil, pois em Portugal 78,6% da população era composta de analfabetos, que não davam conta da produção? Ou aqui eram reproduzidos e nada se pagava a título de direitos?²

¹ “Ce dernier, le vicomte de Almeida Garret, qui faisait partie en 1838 de la Chambre des députés, déposa un projet de loi concernant la propriété littéraire et artistique; mais les diverses législatures qui se succédèrent laissèrent dormir ce projet. La question de protection intérieure présentait, d'ailleurs, beaucoup moins d'intérêt pour les écrivains portugais que celle de la contrefaçon de leurs ouvrages au Brésil. C'est là, en effet, que réside le danger pour les auteurs portugais, qui n'ont dans leur pays natal qu'un champ d'exploitation très peu étendu. Et que restreint encore l'état d'ignorance de la plus grande partie de la population.” ROMBERG, Édouard, Études sur la Propriété Artistique et Littéraire, Ed. Guillaumin. Paris 1892.

² <http://www.caminhosdoromance.iei.unicamp.br/estudos/ensaios/polemicas.pdf>

Não se esqueça, ainda, o papel relevantíssimo dos livreiros que aqui aportaram, dos quais destaco Eduard e Heinrich Laemmert, fundadores da Livraria Universal (publicaram Goethe e literatura infantil, com traduções feitas por Capistrano de Abreu e Olavo Bilac) e Baptiste Louis Garnier, criador da livraria de seu nome, cuja constelação de autores abrangia Balzac e Dickens e dos nacionais Machado de Assis, José de Alencar, João do Rio e Gonçalves Dias. Sua atuação justifica o que já se escreveu a respeito, sendo útil e agradável consultar LAURENCE HALLEWELL e Momentos do Livro no Brasil, a História da Editora Ática.

Segundo Clovis Bevilacqua, comentando o art. 649 do Código Civil, a “indústria do livro é a mais remuneradora”¹.

Em paralelo, cresce a influência da cultura decorrente da Revolução Francesa. Em 1816 chega ao Brasil um grupo de artistas franceses, que depois veio a ser denominado Missão Artística Francesa, do qual basta citar os nomes de Debret e Taunay para dar idéia do novo sopro de artes no país.

Resumindo o que vem sendo dito, podemos observar que, tendo como ponto de partida o Estatuto da Rainha Anne, a legislação autoral vai surgindo no mundo inteiro, impulsionada pela necessidade de regulamentar a comercialização e proteger os autores das obras literárias e artísticas e as próprias obras. Esse movimento evolui para o surgimento de Convenções Internacionais, como a de Berna e Paris.

No Brasil, o reflexo deste estado de coisas manifesta-se, por exemplo, no surgimento do Código Comercial, que evidencia o desenvolvimento do setor produtivo nacional, apoiado em novas formas jurídicas, aptas a melhor regular o mercado e a sociedade e ainda aumentar a circulação de riquezas.

DUAS QUESTÕES EDITORIAIS RELEVANTES

¹ Comentários do Código Civil dos EUB, Editora RIO. edição histórica, vol. I. p. 1.115

Dois exemplos podem concretizar os movimentos naturais que decorrem das inovações técnicas e legais¹, sendo um de costumes do mercado editorial da época e outro de litígio judicial.

O primeiro deles refere-se à prática de cotização de investidores para a publicação de obra, destinada posteriormente a venda. Assim é que, em anúncio publicado no *Jornal do Commercio* de 17.8.1838, consta a seguinte convocação:

"Aviso Literário - O defunto Conselheiro, o Exm. José Bonifácio de Andrade e Silva, deixou hum manuscrito terminado em 1810 - Lições de Metallurgia, ou mais propriamente, Montanística - o qual se pretende imprimir, por ser huma obra que não existe em portuguez, e que he absolutamente necessária para os collegios, academias e universidades, pois que he hum livro elementar. Constara de dous volumes de mais de trezentas páginas e se venderá aos Srs. subscriptores por quatro mil réis. Os Srs. que quizerem subscrever o poderão fazer em casa de Souza e Comp., na rua dos Latoeiros nº 60; logo que hajão trezentos subscriptores se começará a impressão e se, receberá o dinheiro quando se entregarem os livros. A sciencia da mineração he nimiamente útil aos Srs. Brasileiros. pois, que o nosso paiz tem ainda minerações a fazer muito mais interessantes do que o que se tem feito até hoje; esta obra he absolutamente necessária a todos, mas muito principalmente aos alumnos das academias, aonde, até hoje, o pouco que se ensina a este respeito, he traduzido de outras linguas, citando os autores ao nosso defunto patrício amiudadas vezes, como que esta sciencia foi aquella em que foi professor eminente. "

Trata-se de interessantíssimo método de publicação de obras literárias, através do qual os interessados, a exemplo dos sócios das sociedades por ações, após receberem aviso literário (edital de subscrição) subscrevem o direito de receber livros (ações), cuja impressão (atividade da sociedade) se inicia tão logo se atinja número de equilíbrio econômico, e que são entregues contra o pagamento (integralização do preço das ações). Lucia P. Neves faz referência a essa questão em mais um brilhante artigo². Também se colhem algumas

¹ Embora referindo-se a período anterior, a atilada percepção de ARNO e MARIA JOSÉ WEHLING detectou circunstância ontologicamente idêntica: "O surgimento de falsificações de apólices no final do século mostra igualmente o mesmo quadro, já se delineando a necessidade de um setor especializado da justiça que se encarregasse de crimes de natureza fiscal ou, mais amplamente, econômico." *Direito e Justiça no Brasil Colonial*, Ed. Renovar, p. 577.

² "Como não havia uma tradição local de livreiros nascidos no Brasil, o caso do tipógrafo, livreiro, jornalista e editor Paulo Brito representou uma inovação, inclusive pelo seu perfil biográfico. Desde o início do oitocentos, livreiros e tipógrafos constituíam-se como agentes da ilustração, transformando suas Iivrarias em espaços privilegiados para a embrionário esfera pública literária do Rio de Janeiro. Havia Iivrarias, sendo a maioria de estrangeiros, que se converteram em pontos de encontro para conversas e debates, como fora o caso da Iivraria Mongie, na rua do Ouvidor. Esse investimento, no entanto, representava para a maioria uma empreitada de riscos financeiros e pessoais, pois dependia de subscrições e outros apoios, já que o comércio livreiro e a venda de jornais eram Iimitados, e o público leitor, descontadas as ilusões de alguns, restringia-se a letrados, dentre uma maioria iletrada. Aqueles que tinham tradição e algum capital de suas terras de origem podiam arriscar para fazer fortuna no Brasil." *Livreiros no Rio de Janeiro: intermediários culturais entre Brasil e Portugal ao Iongo do oitocentos*, in http://www.realgabinete.com.br/coIquoio/3_coIquoio_outubro/paginas/16.htm

informações nos trabalhos de Maria Beatriz Nizza da Silva, que informa ter sido por meio da subscrição a edição da Corografia Brasília, do padre Manuel Aires de Casal¹.

Outro exemplo alude a litígios judiciais versando sobre obras literárias. Outro ponto, diz respeito às primeiras demandas judiciais sobre o tema. Em processo de 1874, tendo por partes, de um lado, Nicolao A. Alves (fundador da Livraria Clássica, depois Editora Francisco Alves) e de outro Seraphim José Alves e João Martins Ribeiro, o primeiro pede a apreensão de livros publicados pelos segundos.

Nicolao A. Alves encomendou a V.J.P. Aillaud, Guillard & C.º de Paris, livro com trechos de obras de Chateaubriand, destinado aos exames gerais da instrução primária e secundária, conforme autorização imperial. Os arrestados reproduziram o livro e disseram que esse não pertencia ao arrestante, que por sua vez provou a encomenda². A fundamentação do litígio gira, então em tomo da Constituição de 1824 (direito de propriedade, mas não o de autor) e do Código Criminal do império (art. 261), na parte substantiva e na parte processual é invocado o Livro 3º, tít. 78, par. 5º das ordenações Filipinas. Não foi localizada a sentença, mas a reprodução das principais peças em documento fornecido pelo atual dono da Editora Francisco Alves é de meridiana clareza no retratar as práticas em confronto, principalmente a idéia de que a reprodução de obras de terceiros não seria punida, e dá a entender que o autor teria sido exitoso em seu pleito.³

LEGISLAÇÃO E PROJETOS DE DIREITO AUTORAL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1824

Já se viu que a Constituição brasileira de 1824 não tratou do direito autoral, tendo aludido somente a direitos de inventores. Possivelmente influenciada pela crescente evolução do mercado editorial, a Constituição portuguesa de 1838 deu um passo relevante na proteção dos autores, estatuidando:

"Art. 23.º E' garantido o direito de propriedade. Com tudo, se o bem público, legalmente verificado, exigir o emprêgo ou damnificação de qualquer propriedade, será o proprietário

¹ Apud, LAJOLO, Marisa, *O preço da Leitura*, Editora Ática, 2001, p. 53.

² Essas informações constam de plaqueta sem data de publicação, mas estima-se ser contemporânea ao processo e foi dada ao signatário pelo atual diretor da Livraria Francisco Alves Editora, Carlos Leal.

³ Em outra questão "Paulina Maria Constant Proença processa Antonio José de Melo por incluir em sua edição de *O Médico do Povo*, de Mure, o *Guia Médico-Cirúrgico*, de seu marido, José Henriques de Proença. A decisão, a favor da requerente, escudou-se no parágrafo 22 do artigo 179 do Constituição Imperial. Apud Hallewell. p. 24, escudado em J. M. Vaz Pinto Coelho: "Da propriedade literária no Brasil" apud *Revista Brasileira* (35) 2(6): 475, 1880." Projeto Memória de Leitura, Linha do Tempo, da Unicamp http://www.unicamp.br/iel/memoria/base_temporal/Literatura/Erudita.htm

previamente indenizado. Nos casos de extrema e urgente necessidade, poderá o proprietário ser indenizado depois da expropriação ou damnificação.

§. 3.º E' permitido todo o genero de trabalho, cultura, indústria e commercio, salvas as restricções da lei por utilidade pública.

§. 4.º Garante-se aos inventores a propriedade de suas descobertas, e aos escriptores a de seus escriptos, pelo tempo e na forma que a lei determinar.”¹

Em paralelo, conquanto o mercado editorial crescesse no Brasil, com as suas vicissitudes e atropelos, publicação de folhetins estrangeiros e nacionais na imprensa, surgimento de novos editores, crescimento do público, a legislação se encontrava estagnada.

As pesquisas apontam dois projetos apresentados em 1856, sendo um do professor da Faculdade do Recife Aprígio Justiniano da Silva Guimarães. O destaque do projeto de Aprígio consiste na inovação da projeção dos direitos post mortem, nos seguintes termos:

“Artigo 1º - Aos atores brasileiros é garantida a propriedade intelectual vitaliciamente, e por 30 anos aos seus herdeiros ou editor que os represente”.

“Tal projeto dormia profundamente nos arquivos”, no dizer de Aprígio Guimarães², quando outro foi proposto, em termos semelhantes de autoria de Gavião Peixoto. Nenhum dos dois foi aprovado, mais por desinteresse do Parlamento do que por oposição. José de Alencar também apresentou Projeto, em 1875, e que não chegou a ser apreciado, mas do qual se destacam os seguintes trechos:

“A propriedade literária e artística é inviolável como a propriedade em geral; goza das mesmas garantias e transmite-se hereditariamente, sem limitação de tempo e sem distinção de nacionalidade”.

“Esta lei garante a propriedade das obras publicadas em países estrangeiros, cujos governos assegurem a reciprocidade para as obras publicadas no Brasil”.

Segundo SANTIAGO,

“o projeto de Alencar estabelecia, ainda, o seqüestro de exemplares de obras contrafeitas, a indenização pelos danos que estas causarem aos autores, regulava o crime de plágio e

¹ http://www.angelfire.com/pq/unica/monumenta_1838_constituicao.htm.

² NEVES, Lúcia, in Do Privilégio à Propriedade literária: a questão da autoria no Brasil Imperial (1808-18061), in <http://www.livroehistoriaeditorial.pro.br/pdf/luciabastosneves.pdf>.

atribuía aos adquirentes de um livro o que se podia classificar como uma espécie de usufruto – que era a leitura.”¹

Somente em fevereiro de 1889 foi retomada a discussão sobre a matéria autoral, por força do envio do Conselheiro Domingos de Andrade Figueira a Convenção Pan-Americana Direitos Autorais de Montevideú, onde seria discutido um Tratado sobre a Propriedade Literária e Artística. Posteriormente, no Brasil, por força do debate sobre o Código Civil, houve discussões sobre o tema, das quais participou D. Pedro II, e a questão central dizia respeito à natureza do direito, se de simples propriedade ou se de alguma peculiaridade se revestia. Segundo Santiago, o Imperador afirmou à Comissão do Código: “Convém que a lei proteja as produções científicas, literárias e artísticas, mas chamo a atenção da Comissão sobre a necessidade de harmonizar os direitos do autor com os da sociedade, lembrando que em parte alguma lhe é conferido o direito de propriedade perpétua, em geral é preferido o sistema de privilégio temporário, e muitos escritores julgam preferível o sistema de prêmios.”²

CÓDIGO PENAL DA REPÚBLICA (1890).

Com o advento da República e o surgimento de novas leis, o direito autoral começa a ganhar o espaço merecido no panorama jurídico nacional. Assim é que o Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil contempla e prevê na Seção I, do Capítulo V, a “violação dos direitos da propriedade litteraria e artística”, regulados nos arts. 342 a 350. Note-se que o termo “propriedade” é questionado nos comentários³, mas já se louva a inclusão da matéria para efeito de coibir os abusos.

Destaque para o art. 345, que tem relevância para comentário a seguir sobre a Constituição: “Reproduzir, sem consentimento do autor, qualquer obra litteraria ou artística, por meio da imprensa, gravura, ou lithographia, ou qualquer processo mecanico ou chimico, enquanto viver, ou a pessoa a quem houver transferido a sua propriedade e dez annos mais depois de sua morte, si deixar herdeiros: Penas - de apprehensão e perda de todos os exemplares, e multa igual ao triplo do valor dos mesmos a favor do autor.”

¹ Aquarela do Direito Autoral, Rio, 1946, Gráfico Mangione, p. 49.

² Ob. Cit., p. 50

³ SOARES, Oscar de Macedo, edição do Superior Tribunal de Justiça e Senado Federal, 2004, Coleção História do Direito Brasileiro. Curioso o fato da edição original, da qual a consultada é fac-símile, ter sido a sétima e última da obra, publicada justamente pela Livraria Garnier (citada neste trabalho) em 1910.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (1891)

Sobrevém a Constituição da República, de 24 de fevereiro de 1891, e no Título IV, “Dos Cidadãos Brasileiros”, Seção II, “Declaração de Direitos,” em seu artigo 72, inciso 26, dispõe:

“Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes”:

§ 26 - Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las, pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar.”

Portanto, o direito de autor surge no panorama da legislação brasileira alçado à posição de direito constitucional, assegurado pela vida do autor (cf. art. 345 do Código Penal), sendo transmissível aos herdeiros por 10 anos (mesmo artigo do CP), e não mais tratado como direito de propriedade, fato criticado nos comentários ao Código Penal referidos acima. Como direito assegurado pela Constituição, eventuais violações do preceito passam a ser de competência do Supremo Tribunal Federal, ampliando a esfera de atuação do Judiciário nessa matéria.

Curioso notar que o texto do artigo de direito autoral na Constituição de 1891 se inspirou na da Constituição Argentina de 1853, como que uma retribuição da influência de Teixeira de Freitas, como se verá a seguir, no Código Civil platino.

LEI 496, DE 1º DE AGOSTO DE 1898 (LEI MEDEIROS E ALBUQUERQUE)

Em seu primoroso livro, de leitura imperiosa, intitulado “O Preço da Leitura”, Marisa Lajolo e Regina Zilberman discorrem minudentemente sobre os antecedentes da Lei 496, de 1º de agosto de 1898, de autoria de Medeiros e Albuquerque, cujo nome se incorporou ao diploma legal como reconhecimento pelo seu incansável esforço em aprová-la.

Com empenho e desempenho equiparáveis aos de Medeiros e Albuquerque, o jornalista gaúcho Pardal Mallet também participou dessa luta e durante seus breves 30 anos de vida (1864 - 1894) atuou intensamente, sendo de se destacar as seis cartas dirigidas a Benjamim Constant

e publicadas no Diário de Notícias entre 26 de abril e 9 de maio de 1890, pregando os “direitos autorais” e não a “propriedade literária”, e que “a profissão artística é uma profissão”.¹

Talvez por coincidência Pardal Mallet e Medeiros de Albuquerque sejam, respectivamente, patrono da Cadeira nº 30 da Academia Brasileira de Letras, fundada em 1897, hoje ocupada por Nélida Pinon, e fundador da Cadeira nº 22, atualmente de Ivo Pitanguy.

Em crônica de 25 de agosto, publicada na coluna “A Semana” que mantinha na Gazeta de Notícias, MACHADO DE ASSIS registra:

"De resto, a semana começou bem para letras e artes. O Sr. Senador Ramiro Barcelos achou entre os seus cuidados políticos. um momento para pedir que entrasse na ordem do dia o projeto dos direitos autorais. O Sr. Presidente do senado, de pronto acordo, incluiu o projeto na ordem do dia. Resta que o senado corresponda à iniciativa de um e à boa vontade de outro, vote e conclua a lei.

*Não lhe peço que discuta. Discussões levam tempo, sem adiantar nada."*²

Surge a festejada lei 496, inovadora em vários aspectos, como a introdução do direito moral do autor, no dizer de PHILADELPHO DE AZEVEDO, em dissertação que constitui indispensável fonte de consulta sobre o tema, pois aborda a relação do autor com sua criação, em termos de manutenção da integridade da obra, sua vinculação ao nome do autor, o direito de reivindicar a autoria da obra de quem a use indevidamente.³

PROJETO DO CÓDIGO CIVIL

Voltamos um pouco no tempo e chamamos a atenção para o art. 179, inc. XVI¹¹ da Constituição de 1824, que, já no início do século, estipulava, **“XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.”** Sem dúvida pressentia-se a necessidade de Código abrangente para regular a vida nacional, até então objeto de múltiplas leis esparsas e por vezes conflitantes.

¹ LAJOLO, Marisa, ob. cit. p. 136/144

² LAJOLO. Marisa. ob. cit. p. 144

³ Direito Moral do Escriitor, 1930, Ed. Alba. Dissertação apresentada o Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro para a livre docência da Cadeira de Direito Civil.

A partir de 1845 surgem vários projetos que podem ser assim resumidos em ordem cronológica: 1845 Barão de Penedo, 1855 Teixeira de Freitas, 1873 Nabuco de Araujo, 1881 Felício dos Santos, 1890 Coelho Rodrigues, 1899 Rui Barbosa e Clovis Bevilacqua.

Primeiro destaque para Augusto Teixeira de Freitas, que, após ter concluído a Consolidação das Leis Civis¹, elaborou projeto grandioso, mas, objeto de duras críticas na época - e hoje tido como um primor, numa visão histórica - resultou na suspensão dos trabalhos para os quais fora contratado, sem terminar o projeto.

Sua obra, no entanto, foi aproveitada pela Argentina - neste país recebeu o apoio e estímulo do jurista Velez Sarsfield - e Uruguai, cujos Códigos Civis se apóiam no *Esboço*, como ficou conhecido o produto de seu trabalho.

Foi sucedido por Nabuco de Araújo, que veio a falecer em seguida, com muito pouco trabalho produzido (182 artigos).

Nomeado para a empreitada o deputado Joaquim Felício dos Santos, seu projeto é apresentado em 1881, mas também é criticado por Comissão formada por LAFAYETTE, RIBAS, JUSTINO DE ANDRADE, FERREIRA VIANA e COELHO RODRIGUES, e o projeto é rejeitado.

Em 1889 - Cândido de Oliveira, Ministro de Justiça se incumbiu do Projeto e nomeia Comissão, mas a Proclamação da República impede o início dos trabalhos.

Em 1890 o ministro CAMPOS SALES atribuiu a tarefa a COELHO RODRIGUES, que concluiu seu trabalho em 1893, mas novamente uma comissão rejeita o produto.

¹ Em 24 de dezembro de 1858, o Imperador aprovou a Consolidação das Leis Civis. Muito embora não tivesse sido submetido ao Parlamento, sendo discutível estivesse o Imperador autorizado a aprová-lo como texto legal, a verdade é que o diploma de Teixeira de Freitas passou o funcionar como tal, seja porque afinal fora aprovado pelo Governo Imperial, seja pela autoridade do seu organizador, seja pela facilidade que trouxe aos operadores do foro, agora dispensados de recorrer à legislação esparsa. A Consolidação foi o verdadeiro Código Civil do Brasil durante mais de meio século (1858-1917). Assim a ele se referiu Clovis Bevilacqua: "o nosso primeiro Código Civil" ("Teixeira de Freitas", Revista de La Universidad Nacional de Córdoba, ano IV, n. I, março de 1917, *apud* Ernesto Nieto Blanc, "Augusto Teixeira de Freitas", La Lay. v. 130, p. 7831. "Começou (a Consolidação), em seguida, a desempenhar o papel de Código", disse Rodrigo Octavio. ("Teixeira de Freitas e a unidade do Direito Privado". Archivo Judiciário, v. XXV, 1933, p. 69). "A Consolidação (encomendada por seu pai), que até hoje nos serve de Código Civil", escreveu Joaquim Nabuco ("Um estadista do Império", v. II, p. 1051). "AGUIAR, Ruy Rosado, Prefácio o Consolidação dos Leis Civis, editora do Senado, Coleção História do Direito Brasileiro

Eleito Presidente da República CAMPOS SALES nomeia CLOVIS BEVILAQUA, então jovem jurista cearense, para o desempenho do encargo, que é aceito e realizado entre janeiro e novembro de 1889. Sucedem-se debates e trabalhos de crítica e revisão, que resultam no "Projeto Revisto", apreciado por parte da chamada "Comissão dos Vinte e Um", e depois criticado por RUI BARBOSA e CARNEIRO RIBEIRO.

Em paralelo os debates se acentuavam em todos os setores da vida nacional, sendo de se salientar os que ocorreram no Congresso Jurídico Americano, realizado em 1900, com o apoio do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro. Instalado no salão do Real Gabinete Português de Leitura em 3.5.1900 - data em que até então se comemorava o descobrimento do Brasil, mas depois foi alterada em 1949, dentre outras pressões, pela do IHGB - com a presença do Presidente Campos Salles, contou com a presença de vários juristas, que também discutiram o direito autoral.¹

As críticas constituem episódio singular na história legislativa do país, pois, redigidas por homens de altíssima capacidade e conhecimento, formam um conjunto de debates e argumentos riquíssimos.

A manifestação de Ruy tomou o nome de *Parecer*, foi sucedida pela defesa de Clovis² e mais críticas de Carneiro Ribeiro, Oliveira Fonseca, Medeiros de Albuquerque e Anísio de Abreu. Sobre essas manifestações Ruy redigiu a *Réplica*, outro documento de peso na cultura jurídica nacional. Mais tarde, Clovis publicou obra agrupando seus artigos, intitulada *Em defesa do Projecto do Código Civil Brasileiro, 1906*, e para encenar o debate, Carneiro Ribeiro ainda apresentou nova peça, intitulada *A redação do Projecto do Código Civil*.

No que diz respeito ao tema deste trabalho, a matéria foi localizada no Código no Título II, "Da Propriedade", mais especificamente no Capítulo vi, "Da Propriedade Litteraria, Scientifica e Artística", dos artigos 649 ao 673. Muitos dos dispositivos ali relacionados permanecem, em essência até hoje, enquanto outros foram aprimorados ou depletados. Nas conclusões deste trabalho faremos apreciação mais abrangente.

¹ NEVES. Lucio, in *Do Privilégio à Propriedade literária: a questão da autoria no Brasil Imperial (1808-1861)*,. In <http://www.livroehistoriaeditorial.pro.br/pdf/Iuciabastosneves.pdf>.

² "O que esse Parecer sabem-no todos, pois não só os juristas se interessaram por elle, sinão também os Iiteratos e, ainda, os que apenas sabiam ler. Foi uma obra que causou profunda impressão no paiz. Ao fazer-lhe uns tímidos reparos, dizia eu: 'O choque violento dessa mole ingente de saber profundo e rude critica philologica, que, das mãos cyclicas do senador Ruy Barbosa, acaba de ruir fragorosamente sobre o Projecto do Código Civil, deixou-me aturdido'. E esse foi o estado de espírito do grande numero: o assombro admirativo." , in Ruy Barbosa e o Código Civil, de Fernando Nery, Prefácio, p. X, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1931. Esse livro compila as críticas de Ruy, Clovis e Carneiro Ribeiro, agrupadas por artigos, em trabalho digno de nota e consulta.

Ao longo desses artigos marca presença a esgrima intelectual dos juristas críticos do Código, principiando pela polêmica em tomo da expressão “direito auctoral”¹, constante do Projeto. Ruy assim se manifestou: “Direito auctoral. - Num capítulo, cuja inscrição declara a “propriedade litteraria, scientifica e artística”, me parece não caber rigorosamente o uso da locução *Direito auctoral*, ou, pelo menos, não ser necessária essa locução, engendrada especialmente com o fim de servir á theoria, que reduz a mero privilegio os direitos de producção intellectual. Se esta se equipara ao domínio, e tem a mesma natureza, basta-lhe a denominação de *propriedade*, sob a qual se reúnem e designam todas as manifestações do senhorio individual, exercido pelo homem sobre as coisas.” Prossegue, irônico: “O theatro não pediria o *direito auctoral*? A música o *direito compositoral*? A architettura o *direito constructoral*”. Sucede-se análise do nome da matéria no direito comparado, destacando, dentre outros o Urheberrecht, auteursrecht, diritto di autore, droit d'auteur, quais sejam o “direito de autor” respectivamente nas leis da Alemanha, Holanda, Itália e Bélgica. Ainda nos comentários ao art. 657 Cameiro Ribeiro afirma ser um neologismo, e como tal aceitável. Ruy, na Réplica mantém o bombardeio, exemplificado no texto: “Ora, que precisão temos desse adjectivo? *Direito auctoral* não faz a menor vantagem a *direito de autor*. Ambas as locuções tem o mesmo número de syllabas, e da mesma natureza... Nenhuma língua o perfilhou até hoje.” Cameiro insiste na defesa do tema e por fim Anísio de Abreu: “Resigne-se o mestre. Direito auctoral é criação de outro mestre – Tobias Barreto. Produziu alarma, irritou a sensibilidade purista dos fanáticos da vernaculidade, mas venceu, e por fim, encorporou-se á língua. E depois já não temos a lei dos direitos autoraes?”²

Hoje, no Brasil, tanto direito de autor quanto direito auctoral são utilizados sem restrições, muito embora a primeira expressão seja a mais difundida nos meios acadêmicos.³

Voltando ao Código aprovado, ele trata basicamente das obras em colaboração, adaptações de obras, sucessões, transmissão, autorização, e exceções às leis.

¹ Proj.: - “Art. 657. O **direito auctoral** é extensivo à traducção da obra já cahida no domínio comum e a que houver sido permitida pelo auctor da obra original...” NERY, Fernando, p. 276.

²Ob. Cit. p. 277/278

³ “Tradicionalmente, Direito de Autor é o ramo da ordem jurídica que disciplina a atribuição de direitos de exclusivo relativos a obras literárias ou artísticas. Mas, com o acesso à tutela dos chamados direitos conexos ao direito de autor, como os direitos dos artistas intérpretes ou executantes, produtores de programas e de videogramas e dos organismos de radiodifusão novo problema surgiu. ... Para englobar este novo domínio, fala-se no Brasil em “Direito Autoral”. Trata-se dum neologismo que não está nos hábitos portugueses, e ainda por cima a que é atribuído um sentido diferente do que corresponde à sua origem histórica.” Em nota o autor explica que “a expressão foi introduzida por Tobias Barreto, Direito Autoral, 256, para traduzir Urheberrecht – que significa justamente Direito de Autor.” ASCENSÃO, José de Oliveira, Direito de Autor e Direitos Conexos, Coimbra Editora, 1992, p. 23.

Outro ponto fruto de severíssimas - e justificadas - críticas consistiu no art. 667 do Código Civil, que afirmava ser "susceptível de cessão o direito, que assiste ao autor, de ligar o nome a todos os seus produtos intellectuaes". Essa regra, que permitia ao autor ceder a terceiros a autoria da obra, foi objeto de severas críticas e praticamente não utilizada.

EDIÇÃO E REPRESENTAÇÃO DRAMÁTICA

Pouca atenção, no entanto, deram os comentaristas ao fato de, no mesmo Código Civil de 1916, existirem outros dispositivos do ramo do Direito de Autor. Com efeito, no Livro III, "Direito Das Obrigações", Título V, "Das Varias Espécies De Contrato", constam regulados os de Edição (arts. 1.346 a 1358) e Representação Dramática (arts. 1359 a 1362).

Sua aparição é destacada no Código é reflexo direto da relevância dessas áreas (literária e teatral) no panorama cultural do país, e certamente geradora de lides, por força de sua difusão como principais fontes de transmissão de conhecimentos (o cinema não se havia popularizado, tampouco o fonógrafo).

Em essência os artigos regulavam o modo pelo qual os autores tinham suas obras isto é levada ao público, seja por meio da edição de livros, seja pela representação de manuscritos contendo o texto de peças teatrais.

E novamente nesses artigos reaparece a polêmica Ruy-Clovis. Dentre outros, o art. 1.346 do Projeto dizia que: "Pelo contrato de edição, o editor não só se obriga a reproduzir, por algum processo mecânico e a *espalhar pelo publico*, a produção sicientifica, litteraria ou artística que lhe entregar o auctor, mas também adquire o direito exclusivo de publicar e explorar a mesma producção." RUY assevera, com razão, frise-se: "*Espalhar pelo publico.*" - Esta locução desajeitada e nada legislativa substitue-se, em português, por uma só palavra, que diz exactamente o mesmo, sob fórmula condigna: divulgar." CLOVIS na Defesa: "Espalhar pelo publico, observa o parecer, que não é expressão *legislativa*. Si tivesse afirmado: "não é dizer portuguez", eu.. passaria adiante. Mas tendo a censura em vista essa parte da nomotechnica a que não descabe a denominação de rhetorica legislativa, apadrinho o *Projecto* com o exemplo de uma lei bem trabalhada e tida como capaz de servir de paradigma a outras. De facto o art. 372 do Codigo suisso das obrigações termina por estas palavras: 'à la reproduire em um nombre plus ou moins considerable d'exemplaires et à la répandre dans la publique.'" Si a

dicção é legislativa na Helvecia através do francez, deve também no Brasil, utilizando-se do portuguez.”¹

O Código Civil, seguido por leis especiais, vigorou até 1973, quando foi promulgada a lei 5.988 daquele ano, condensando a legislação autoral brasileira e depois substituída pela Lei 9610/98.

CONCLUSÕES

Encerrados esses breve históricos extraem-se algumas conclusões que superam a mera enunciação dos fatos aqui relatados:

- a) a relevância da invenção dos tipos móveis por Gutenberg para a circulação do conhecimento, com seus mais variados reflexos em todos os planos da sociedade, como o político, religioso, cultural, e comercial;
- b) as crescentes inovações do setor editorial, atingindo autores, copistas, impressores, editores, fabricantes de papel, distribuidores, livreiros e tradutores;
- c) a rapidez da evolução legislativa no Brasil, que do fim da censura até a inclusão do direito do autor no rol dos direitos constitucionais não levou 70 anos, acompanhando o ritmo das demais nações;
- d) a relevância da literatura e do teatro no Brasil, assim como no mundo, no séc. XIX, tomando fator desencadeador e propulsor de toda uma legislação autoral, tanto que destacada no Código Civil de 1916;
- e) a perene discussão acerca da titularidade das obras, da perenidade do direito para seu titular e herdeiros, da utilidade e usufruto públicos das criações artísticas;

¹ NERY. Fernando, ob. cit. p. 454

f) a internet surge como nova invenção, a revolucionar o setor do conhecimento e principalmente autoral, só que com base num suporte virtual, e não mais no físico, no corpus mechanicum;

g) a perplexidade dos legisladores diante dos fatos que surgem, desafiando as fórmulas legais tradicionais;

h) o ciclo legislativo que começou, em 1898, baseado na literatura e teatro, se condensou numa só lei em 1973, e a partir daí diante das inovações volta se especializar com leis de software (9609/98), cultivares, variações em tomo das patentes, dentre outras;

i) a interligação entre os aspectos tecnológicos, legais e sociais, fazendo que o mundo se mantenha dinâmico e questionador, com a visão de que o tempo histórico encurtou e a tendência é uma utilização mais intensa, pela sociedade, do conhecimento produzido por seus indivíduos, dada a inevitabilidade de sua difusão pela internet;

h) a figura da pessoa jurídica como titular das obras intelectuais, dada a sua capacidade de difundir e controlar o seu uso pelo mundo.

Gustavo Martins de Almeida

LEGISLAÇÃO

ALVARÁ DE 28 DE ABRIL DE 1.809

Isenta de direitos as matérias primas do uso das fábricas e concede outros favores aos fabricantes e da navegação nacional.

Eu o Príncipe Regente faço saber aos que o presente Alvará com força de lei virem, que sendo o primeiro e principal objeto dos meus patemaes cuidados o promover a felicidade pública dos meus fieis Vassallos; e havendo estabelecido com estes desígnios principios liberais para a propriedade deste Estado do Brasil, e que são essencialmente necessários para fomentar a agricultura, animar o comércio, adiantar a navegação e aumentar a povoação, fazendo-se mais extensa e análoga à grandeza do mesmo Estado; tendo em consideração que deste estabelecimento se possa seguir alguma diminuição na indústria do Reino de Portugal, bem que com o andar dos tempos a grandeza do mercado e os efeitos da liberdade do comércio que tenho mandado estabelecer hão de compensar com vantagem algum prejuízo da diminuição que ao principio possam sofrer alguns ramos de manufaturas; desejando não só remediar esses inconvenientes, mas também conservar e ampliar a navegação mercantil e o comércio dos povos de todos os meus dominios; tendo ouvido o parecer de ministros do meu Conselho; e de outras pessoas zelosas do meu serviço; com ampliação e renovação de muitas providências já a este respeito estabelecidas, e a fim de que tenham pronta a exata observância para a prosperidade geral e individual dos meus fiéis vassallos, que muito desejo adiantar e promover, por depende-la a grandeza e consideração da minha real Coroa e da Nação; sou servido determinar o seguinte:

I. Todas as materias primas que servirem de base a qualquer manufatura serão isentas de pagar direitos alguns de entrada em todas as Alfandegas dos meus Estados, quando o fabricante as comprar para gasto de sua fábrica, ficando somente obrigado a mostrar que as consome todas no uso da sua indústria, e sujeito ao exame e averiguações que julgar necessárias a Real Junta do Comércio, para evitar a fraude e descaminho dos meus reais direitos. Da mesma isenção gozarão os fabricantes que comprarem gêneros e produções dos meus Estados, que são obrigados a pagar algum direito, ficando este perdoado a favor dos referidos fabricantes em beneficio do aumento da indústria.

II. Todas as manufaturas necessárias serão isentas de pagar direitos alguns na sua exportação para fora dos meus Estados, e todas as do Reino serão isentas de as pagar por entrada nos meus domínios no Brasil, e em quaisquer outros, ficando só seus donos obrigados a verificar com certidões e clarezas competentes que as mercadorias são de manufatura portuguesa e indicar a fábrica de onde saíram.

III. Todos os fardamentos das minhas tropas serão comprados as fábricas nacionais do Reino e às que se houverem de estabelecer no Brasil. quando os cabedais que hoje têm melhor emprego na cultura das terras puderem ser applicados às artes com mais vantagens; e não se

poderão para este fim comprar manufaturas estrangeiras, senão no caso de não terem as do Reino do Brasil com que suprir a necessidade pública. E ao Presidente do meu Real Erário hei por muito recomendado, que procure sempre com prontos pagamentos auxiliar os fabricantes dos meus Estados, a fim de que possam suprir o fornecimento dos meus Exércitos, e se promova por este meio a extensão e aumento da indústria nacional.

IV. No recrutamento que se faz geralmente para o Estado, haverá todo o cuidado em moderar o número de recrutas naqueles lugares onde se conhecer que a agricultura e as artes necessitam de braços; e muito recomendo aos Governadores das Armas e aos Capitães-Móres encarregados dos recrutamentos, se hajam nesta matéria com toda a circunspecção, representando-me o que julgarem mais digno de providência a este respeito.

V. Sendoo meio mais conveniente para promover a indústria de qualquer ramo nascente, e que vai tomando maior aumento pela introdução de novas máquinas dispendiosas, porém, utilíssimas, e conferir-se-lhe algum cabedal, que anime o Capitalista que empreende promover uma semelhante fábrica, vindo a ser esta concessão um dom gratuito que lhe faz o Estado: sou servido ordenar, que da Loteria Nacional do Estado, que anualmente quero se estabeleça, se tire em cada ano uma soma de sessenta mil cruzados, que se consagre, ou toda junta, ou separadamente, a favor daquelas manufaturas e artes, que mais necessitarem deste socorro, particularmente das de lã, algodão, seda e fábricas de ferro e aço. E as que receberem este dom gratuito não terão obrigação de o restituir, e só ficarão obrigadas a contribuir com maior desvelo para o aumento da fábrica que assim for socorrida por efeito da minha real consideração para o bem público. E para que estas distribuições se façam anual e impreterivelmente, a Real Junta do Comercio, dando-me todos os anos um fiel e exato quadro de todas as manufaturas do Reino, apontara as que merecem mais esta providência e a soma que lhes deve aplicar.

VI. Sendo muito conveniente que os inventores e introdutores de alguma nova máquina e invenção nas artes gozem do privilégio exclusivo, além do direito que possam ter ao favor pecuniário, que sou servido estabelecer em beneficio da indústria e das artes, ordeno que todas as pessoas que estiverem neste caso apresentem o plano de seu novo invento à Real Junta do Comercio; e que esta, reconhecendo-lhe a verdade e fundamento dele, lhes conceda o privilégio exclusivo por quatorze anos, ficando obrigadas a fabricá-lo depois, para que, no fim desse prazo, toda a Nação goze do fruto dessa invenção. Ordeno, outrossim, que se faça uma exata revisão dos que se acham atualmente concedidos, fazendo-se público na forma acima determinada e revogando-se todas as que por falsa alegação ou sem bem fundadas razões obtiveram semelhantes concessões.

VII. Para promover e adiantar a Marinha mercantil dos meus fieis Vassallos: hei por bem determinar que paguem só metade dos direitos estabelecidos em todas as Alfândegas dos meus Estados, todos os gêneros e matérias primas, de que possam necessitar os donos de novos navios para a primeira construção e armação deles, como madeiras do Brasil, pregos,

maçames, lonas, pez, alcatrão, transportados em navios nacionais; havendo porém os mais escrupulosos exames e averiguações afim de que se não cometam fraudes e descaminhos da minha Real Fazenda.

Pelo que mando à Mesa do meu Desembargo do Paço, e da Consciência e Ordens; Presidente do meu Real Erarioz Conselho da minha Real Fazenda: Real Junta do Comércio, Agricultura, Fábricas e Navegação; e a todos os mais Tribunais do Reino, e deste Estado do Brasil; e a todas as pessoas, a quem tocar o conhecimento e execução deste Alvará, o cumpram e guardem, e façam inteiramente cumprir e guardar, sem embargo de quaisquer leis ou ordens em contrario, que todas hei por derogadas para esse efeito somente, como se de cada uma se fizesse especial menção. E este valerá como Carta passada pela Chancelaria, posto que por ela não há de passar, e que o seu efeito haja de durar mais de um ano, sem embargo da lei em contrário. Dado no Palácio do Rio de Janeiro em 28 de abril de 1809.

PRINCÍPE com guarda.

Conde de Aguiar.

Alvará com força de lei, pelo qual Vossa Alteza Real é servido isentar de direitos as matérias primas, que servirem de base a quaisquer manufaturas nacionais, e conferir como dom gratuito a quantia de sessenta mil cruzados às fábricas, que mais necessitarem destes socorros, ordenando outras providências a favor dos fabricantes e da navegação nacional; na forma acima exposta.

Para Vossa Alteza Real ver

João Alvares de Miranda Varejão o fez.

O HC no sistema processual penal brasileiro hoje. (O problema da substituição recursal)

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**

Não há sistema processual penal que suporte incoerências internas de relevância (mormente se quer a ele como democrático) porque a tendência é cada um dispor dele da forma que melhor lhe apraz e como se não existissem regras, tudo com um posterior, difícil e complexo controle, não raro deficiente ou indevido. O resultado – metaforicamente falando – é uma aparente esquizofrenia, com as consequências daí decorrentes.

No Brasil de hoje, quando se vive um concreto conflito entre o sistema de um CPP de 70 anos – que deveria ser *aposentado compulsoriamente* ou *executado por crime de lesa-cidadania* – e a Constituição da República, há os que não querem mudanças porque elas são contra seus interesses (para dizer o mínimo), como é o caso dos *repressivistas* de todas as ordens e graus, alguns já sem muita vergonha de dizerem o que são e o que pensam; mas também de alguns grandes advogados, em geral bem situados e acomodados a permissões (demandadas sempre como direitos: Jean-Claude Milner), logo transformadas em prerrogativas.

** Professor Titular de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Especialista em Filosofia do Direito (PUCPR), Mestre (UFPR); Doutor (Universidade de Roma “La Sapienza”). Coordenador do Núcleo de Direito e Psicanálise do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR. Advogado. Procurador do Estado do Paraná. Presidente da Comissão da Advocacia Criminal da OAB/PR. Membro da Comissão de Juristas do Senado Federal que elaborou o Anteprojeto de Reforma Global do CPP, hoje Projeto 156/2009-PLS.

Para eles é melhor o sistema inquisitório do CPP àquele acusatório da CR/88, mormente no espaço de uma visível incoerência gerada desde 1941 por *reformas parciais e jogos retóricos de uma hermenêutica descompromissada com a cidadania, ou melhor, com a cidadania dos outros*, hoje aglutinados na noção de *excluídos*.

Assim, não lhes interessa mudar e quando as mudanças se impõem, fazem força para que tudo – na mudança – permaneça como sempre foi; da forma eternizada por Lampedusa.

No fundo, o *status quo* lhes é cômodo; e não poderia ser diferente. Por trás de tudo está, de regra, uma descoberta interessante, auferida na prática, especialmente para os que sempre foram *positivistas de formação e particularmente legalistas por interesse*: o Direito, sem ser jusnatural, é muito mais que positivismo e legalismo!

É daí que, por exemplo, alguns advogados deslumbrados pelo trânsito fácil nos gabinetes do Poder, dentre outros de juízes, desembargadores e ministros (mas não todos!), sentem-se na tranquilidade de uma linguagem protagonista construtora de “qualquer coisa” em tempos de solipsismo jurídico, isto é, de um magistrado que faz o que quer, que diz qualquer coisa sobre qualquer coisa, como vem denunciando insistentemente

Lenio Luiz Streck e outros tudo sem nenhum (ou quase nenhum) constrangimento. Sendo assim, tudo fica mais fácil, tenha-se direito ou não. Tem-se, ótimo. Se não se tem, dá-se um jeito, sempre na via da hermenêutica, em face da permeabilidade do sistema. É um verdadeiro *direito alternativo às avessas*; esse sim deletério à cidadania, como sempre foi e como sempre souberam todos, ou seja, *um direito no qual se trabalha nas*

fissuras dele (sistema) para se poder dizer e fazer prosperar as próprias verdades, quando não os próprios interesses.

Não é de estranhar, porém, que já se tenha reações desmedidas e altamente prejudiciais v.g. com ministros que não permitem a seus assessores falarem com advogados e eles mesmos dificultarem ao máximo qualquer contato, com um alheamento providencial tanto quanto perigoso em um período onde não se lê tudo (e quando se lê) com a devida atenção.

E isso em uma Brasília desde sempre conhecida pelo fato de ser, em boa parte dos casos, mais fácil falar com os Ministros do que com alguns Desembargadores, nos Estados e Regiões, e alguns juízes de primeira instância pelo país todo, algo sempre apresentado como sintoma da agitação de fantasmas pessoais e, portanto, marcado por uma outra cena, não raro passível de pena. Os grandes magistrados, em verdade, reconhecidos pelo conhecimento e uma reputação ilibada – e são muitos, para sorte de todos –, nunca tiveram medo de nada, muito menos de advogados; e nem deles mesmos.

Por evidente, um sistema processual penal coerente desloca as relações pessoais e os contatos eventuais para os seus devidos lugares; e as portas podem estar abertas a todos e não só a alguns.

Pois bem.

Uma das maiores incoerências do sistema processual penal atual diz com a situação do *habeas corpus*, o qual principalmente após a CR/88 substituiu, em larga escala, na prática, os recursos do CPP, com prós e contras.

Sem muito compromisso com as *regras do jogo* (que sabem poder manipular) e incentivados por uma cultura popular *repressivista* conduzida pelos meios de comunicação e ideologicamente fincada no pensamento neoliberal, muitos juízes, na falência dos postulados da Filosofia da Consciência (marcada por um “eu’ que diz a Verdade”), têm *adotado* (ingenuamente ou propositadamente) *posturas solipsistas* e, como *justiceiros*, têm – em geral com boas intenções se observadas pelos seus pontos de vista – *infligido baixas pesadas à ordem constituída e, em especial, aos direitos e garantias individuais*.

Para tais situações, o sistema recursal do CPP, idealizado para um juiz “cumpridor da lei”, perdeu efetividade e, assim, contabilizaram-se – e se contabilizam – injustiças inomináveis. Por conta disso – principalmente – os próprios magistrados, no sistema de controle dos atos jurisdicionais, viram no HC, após a CR 88, uma saída rápida e eficaz, razão por que, de uma matriz de garantia ao direito de ir e vir acabou ele estendido a qualquer violação de direito.

Era sintomático que se chegasse, assim e por conta disso (uma extensão tão grande tanto quanto indesejada por seus efeitos óbvios), aonde se chegou, ou seja, na quase superação (pela substituição) do referido sistema recursal.

Paga-se, para tanto, um preço alto, muito alto. Veja-se.

A substituição camufla o número de recursos (pelos quais não se opta, sempre que possível, porque demorados quando se tem urgência) e mascara a necessidade (inarredável) do aumento do número de juízes (em geral), mas, sobretudo, no STJ, que apresenta dados alarmantes e que dizem muito, da quantidade à qualidade. Só em 2011 foram distribuídos e registrados (conforme consta do *site* oficial), 36.125 *habeas corpus* originários, o que faz deles, por certo, campeões das distribuições, mesmo porque o número de

REsp (70.422), Ag (64.475) e AResp (96.209), computam recursos do cível e do crime em todas as demais matérias que não a criminal. Preocupante, em face de tal problema e em razão da *competência* é, no mesmo período, terem sido distribuídos, no STF (conforme consta do *site* oficial), 3.788 *habeas corpus* originários.

Por elementar e como sabem todos, quanto mais se criam obstáculos ao REsp e ao RExt em matéria criminal, maior é o número de *habeas corpus* originários, a maior parte substitutivos daqueles. Sabe-se bem, porém, a razão pela qual se chegou em tal situação; e a importância capital que tem para a cidadania uma via rápida de solução para as questões criminais de maior premência. Como referiu Carnelutti, com precisão, tais questões tratam do *ser* e não do *ter*. Despiciendo, portanto, discutir e demonstrar a relevância.

Antes de tudo, vê-se logo que se trata de um instrumento processual democrático porque, mesmo se se considerar que não abarque a todos que poderia abarcar, pelo número já se percebe que atinge um contingente de cidadãos que, sem qualquer dúvida, necessitam da *jurisdição*. Nos 36.125 *habeas corpus originários* do STJ estão, com razoável certeza, aqueles que mais têm e, portanto, contratam advogados para cuidar dos seus direitos e garantias, mas, sem qualquer dúvida, também muitos daqueles que não têm e, por isso, têm uma via de acesso aos tribunais superiores seja pelos seus defensores públicos, seja por aqueles dativos.

O número elevadíssimo de *habeas corpus*, contudo, tem várias causas, mas uma dentre elas é a principal (a dissintonia do CPP com a CR), a qual não se vai alterar sem uma mudança global do CPP e seu sistema inquisitorial. Logo, os *writs*, do jeito como estão alojados, hoje, no sistema processual penal, apareceram e são uma solução – embora momentânea – para um seriíssimo problema que envolve direitos e garantias fundamentais da maior relevância.

Voltar atrás, portanto, é sim possível – em tempos *solipsistas* nos quais quem tem poder faz ou diz quase tudo que quiser – mas sob o preço de negar, mas mais larga extensão, direitos e garantias fundamentais, *aos que mais têm e aos que menos têm*. Para tanto, já começam a aparecer nos tribunais – o que se pode constatar facilmente pela simples leitura dos meandros dos arestos – os que não estão dispostos a trabalhar em favor da causa do *habeas corpus substitutivo* porque o que não querem mesmo é a faina (e para esses seria com qualquer matéria, sem se importar com os efeitos que ela possa ter), mas também aqueles que não suportam mais o excesso de trabalho com tais *habeas corpus*, justo porque se dão ao esforço de tentar lutar por eles em face daquilo que representam para a cidadania. Esses, obviamente, vão à causa e reclamam da substituição (como era previsível desde há muito) olhando, de um lado, para um ajuste técnico da questão (muito difícil quando o problema, sendo como é, seja sistêmico), mas, do outro, na necessidade de efetivação da precitada reforma global do CPP, sem a qual não se consegue vislumbrar solução factível. Os prejuízos para a cidadania são muitos altos e inexplicáveis – e vai piorar –, enquanto não se faz o que deve ser feito.

Compreensível, tanto quanto inaceitável, então, é a referida posição de ministros e desembargadores na direção de tolher, desde logo e sem qualquer mudança do *status quo*, o uso invulgar do HC, não raro atribuindo-se a responsabilidade pelo excesso aos advogados simplesmente por usarem a garantia que a lei atribui aos pacientes.

Nesta matéria não há segredo: diante de um quadro de excesso de trabalho (embora ainda pareça pouco em face da estrutura conflituosa reprimida em uma sociedade sem meios de acesso à jurisdição) e restrições absurdas ao REsp e ao RExt, somadas à frequente deficiência da qualidade do controle das decisões nos *tribunais de apelação*, algo há de ser feito; e urgente.

Em verdade, em tal quadro a saída pelo HC foi uma tentativa paliativa de solucionar um problema que aponta à deficiência na distribuição da Justiça, mas que, por certo, não só não vai resolver muita coisa como, também, tende a colocar (é só verificar os números) em colapso o próprio julgamento do *habeas corpus*; e em risco os cidadãos porque se expõe a garantia fundamental (da qual não se pode abrir mão) às mesmas restrições dos REsp e RExt, além de outras. Tal risco, agora, vai-se fazendo realidade; e dolorida.

Como parece claro, a tendência dos ministros é caminhar na direção da restrição aos *writs*. Assim, para confirmar a previsão, o recente entendimento do STJ é no sentido de ser necessária (e pelo que se entendeu, imperiosa) a *“racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal”*, de modo que as *“hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.”*¹ Em sendo assim, *“para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória”*, justamente porque – e prossegue – *“o writ não foi criado para a finalidade aqui empregada, a de discutir a dosimetria da pena”*, sob pena de, segundo tal entendimento, o recurso especial se tornar totalmente inócuo.²

Argumenta-se, ainda, no sentido de que a utilização do *writ* fora da sua inspiração originária foi muito alargada pelos Tribunais e, diante desse pano de fundo, é preciso impor limites, em homenagem à própria Constituição da República de 1988, tudo para que *“não se perca a razão lógica e sistemática*

¹ HC 178371/ES, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 28/02/2012, DJe 12/03/2012.

² HC 135846/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 06/12/2011, DJe 19/12/2011. No mesmo sentido é o entendimento nos seguintes julgados, todos de relatoria da Min. Maria Thereza de Assis Moura: HC 222703/MS, 157616/SC, AgRg no HC 240761/DF, AgRg no HC 239957/TO, HC 136079/MS, 139961/SP e 191598/AC.

dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas corpus.”¹

Ademais, segundo a Min. Maria Thereza de Assis Moura, o *habeas corpus* não é panacéia (a expressão utilizada é dela), razão por que a usa para justificar que ele “*não pode ser utilizado como um ‘super’ recurso, que não tem prazo nem requisitos específicos*”, pelo contrário, ele deve – sim – “*se conformar ao propósito para o qual foi historicamente instituído, é dizer, o de impedir ameaça ou violação ao direito de ir e vir*”.²

Que o *habeas corpus* – como se diz – está dentro de uma “*via estreita*” ninguém duvida.

Daí sua *excepcionalidade*, a qual se tratou de superar para lhe atribuir uma *estrutura ordinária* que não tem e não deve ter, para fazer as vezes dos recursos. E tudo por uma razão banal: a precitada *via estreita* não acolhe (a não ser que se queira!) discussão em matéria probatória e outras, logo, a questão de fundo só vai apreciada quando o julgador (ou julgadores) quiser(em). Eis por que há tanto registro e distribuição de HCs originários e tão pouca concessão, em considerando o número global.

Deste modo, as dificuldades inerentes à estrutura não permitem a todos – em que pese o número elevadíssimo de impetrações – o uso do *writ* (a começar pela questão territorial e localização dos tribunais) e, quando isso ocorre, nem sempre a matéria é apreciada, pelo menos como deveria ser se de um recurso se tratasse, como é despiendo discutir. Como disse Alexandre Morais da Rosa

¹ HC 181117/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 14/02/2012, DJe 24/02/2012. No mesmo sentido, HC 185724/MG, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 13/03/2012, DJe 20/03/2012. No mesmo sentido é o entendimento nos seguintes julgados, todos de relatoria do Min. Gilson Dipp: HC 200936/RS, HC 183465/MG, HC 236465/SP, HC 238983/SP, HC 223173/SP, HC 223145/SP, HC 222217/SC, HC 222070/ES, HC 239384/SP, HC 240141/RS, HC 215916/MG.

² AgRg no HC 239957/TO, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 29/05/2012, DJe 11/06/2012.

alhures, “Ele [o HC] cura somente quem possui a receita ministrada por alguns médicos/advogados. O Imaginário do HC promove ainda o modelo. [mas] O ‘mito’ da beleza do HC se desfaz nos votos concretos.”

Por fim, há de se perceber que o STF, pela maioria dos seus ministros, ainda não apontou na direção da restrição, quiçá por força da matriz constitucional, embora a matéria já tenha sido ventilada na corte.¹ O STF, porém, por si só e em tal matéria, não consegue deter o imenso prejuízo que pode advir das decisões restritivas do STJ e outros tribunais, mormente em relação aos menos favorecidos.

¹ Sobre o tema v., no Consur Jurídico de 21.05.12 (www.conjur.com.br), do jornalista Marcos de Vasconcellos, a matéria “Maior quantidade de HCs não justifica restrição”.

CONCLUSÃO 1: Mais uma vez os menos favorecidos pagam a conta pela balburdia e o descalabro do sistema processual penal brasileiro, embora, agora, com a tentativa de volta ao *status quo ante* dos *habeas corpus*, todos tendam a pagar, o que é muito pior porque se desloca o problema para outros lugares e implica colocar luz sobre o *modus* de funcionamento dos tribunais.

CONCLUSÃO 2: Em face da CR o *habeas corpus* pode ter função substitutiva e é conveniente à cidadania, hoje, que, diante dos casos concretos, tenha, de modo que a volta ao seu lugar de origem, como se tenta fazer e se tenda a conseguir, é um retrocesso imenso que se não deve sustentar, pelo menos enquanto não se tem uma reforma global do CPP, com sua adesão ao sistema acusatório.

CONCLUSÃO 3: Não se duvida que é preciso voltar ao sistema recursal, mas a ele é imprescindível a coerência, algo que se não tem no CPP de 41 e, assim, ofende-se a CR.

CONCLUSÃO 4: O sistema recursal só terá coerência, mesmo em uma matriz constitucional e, portanto, acusatória, se partir da maior extensão da presunção de inocência (como tenta fazer, hoje, o STF), de modo a permitir a absoluta prioridade aos casos urgentes e que se não coloque no mesmo patamar tempo razoável do processo com decisões imaturas.

CONCLUSÃO 5: Mesmo porque se assim não for, as injustiças continuarão e mais uma vez se voltará aos *habeas corpus* substitutivos, com os advogados tentando (mesmo porque estão nos seus papéis e são contratados para tanto) até encontrarem um juiz com condições para os conceder.

CONCLUSÃO 6: saber-se-á, então e quem sabe, o que é ou deve ser o *devido processo legal*; e que ele não se presta – nem deve se prestar – tão só para alguns; muito menos para se fugir do enfrentamento às injustiças e de eventuais ofensas aos direitos e garantias individuais.

Colisão entre Poderes do Empregador e as modernas tecnologias como meio produtivo

***¹Benizete Ramos de Medeiros
Juliana Milagres***

1-Introdução

Muito se tem discutido essa temática nos Tribunais, na Doutrina, nas academias e no dia-a-dia das empresas. No entanto, longe se está de se ter o tema por esgotado, ante a ausência de legislação específica e do constante avanço tecnológico, aliado às novas formas produtivas, pois a atividade empresarial moderna está inserida em um ambiente de grande competitividade, com crescentes demandas por soluções práticas e rápidas que possam aumentar a produtividade e o rendimento. O surgimento e a concretização das tecnologias de informação proporcionaram um instrumento essencial para responder adequadamente a estas pretensões empresariais. Além disso, tais ferramentas possuem um baixo custo, o que permite o alcance de um maior número de usuários em todo o mundo.

A rede mundial de computadores - a internet, e consequentemente o correio eletrônico exercem papéis imprescindíveis neste cenário contemporâneo. A rápida e eficaz comunicação que este propicia, enseja benefícios imediatos e uma gama de possibilidades.

Entretanto, a utilização indevida desse meio de comunicação eletrônico pode gerar prejuízos consideráveis ao empregador, como, por exemplo, a transmissão de dados sigilosos da empresa, assim como pode ser um meio para a prática de ilícitos e também ser usado em questões particulares pelos funcionários, desviando o real objetivo do contrato de trabalho.

¹ Benizete Ramos de Medeiros, é advogada trabalhista; professora de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho; Membro do IAB; ABRAT; ACAT e JUTRA.

Juliana Milagres é bacharel em Direito

A partir desta constatação, o empregador passou a adotar formas de controle e fiscalização das atividades dos seus empregados, entre elas, o monitoramento do correio eletrônico corporativo. No presente estudo, destaca-se o poder de direção atribuído ao empregador para fiscalizar o e-mail do empregado, visando o comando e direcionamento da atividade desenvolvida pela empresa.

Assim, pretende-se analisar a utilização do e-mail corporativo, qual seja, aquele disponibilizado ao empregado para uso na prestação laboral e a possibilidade, ou não, de fiscalização pelo empregador, passando, contudo, pela análise do e-mail pessoal usado nas máquinas da empresa. Em outras palavras, objetiva-se verificar se o monitoramento, feito pelo empregador, do correio eletrônico utilizado pelo empregado, encontra-se inerente ao poder diretivo patronal ou se tal ato pode violar os direitos fundamentais do empregado.

Atualmente, não há legislação que trate especificamente sobre os limites e as responsabilidades quanto ao uso do e-mail pelo empregado, em função de contrato de trabalho. Porém, há demandas em que o Judiciário tem que se manifestar sobre as seguintes questões: pode o empregador monitorar o e-mail do empregado? O monitoramento deve ser apenas formal, ou pode se aprofundar ao conteúdo das mensagens? Caso seja possível o monitoramento, o será apenas com relação ao e-mail corporativo ou também àqueles particulares, utilizado pelo empregado em serviço?

Diante dessas indagações, faz-se necessária uma ampla discussão sobre o tema, de forma a permitir o estabelecimento de critérios objetivos para a utilização de e-mail no local de trabalho, para que não haja violação a intimidade do empregado e não seja necessário submeter o empregador a futuros processos decorrentes da penalidade aplicada ante a má-utilização do correio eletrônico.

Não há no Brasil legislação específica sobre o assunto, como também é parca a bibliografia sobre o tema, em razão de tratar-se de conflito bastante recente. Entretanto, a Constituição Federal de 1988, contém nortes para o tema, além de algumas manifestações jurisprudenciais, como se verá

Por fim, registre-se que a finalidade deste ensaio não é, de modo algum, apresentar uma conclusão definitiva sobre o tema, mas apenas oferecer uma modesta contribuição ao debate, ante a complexidade do tem

2- Poderes do Empregador

Para melhor situação no tema, impõe-se breve análise acerca dos poderes do empregador, considerando-se, *a priori*, que a doutrina aponta como principais características do contrato de trabalho a bilateralidade, a onerosidade, a comutatividade, a consensualidade e a continuidade, distinguindo-se, portanto, de outros contratos.¹

Segundo Jofir Avalone Filho², na atual fase do direito, embora não se admita a supremacia de um sujeito da relação jurídica sobre o outro (nas relações laborais ou em quaisquer relações jurídicas), entende-se que a relação empregatícia pressupõe o exercício de um poder diretivo do empregador sobre o empregado.

Amauri Mascaro Nascimento³, por sua vez salienta que "sendo o empregado um trabalhador subordinado, o empregador tem direitos não sobre a sua pessoa, mas sobre o modo como a sua atividade é exercida."

O poder do empregador faz-se necessário frente às responsabilidades que o mesmo possui, qual seja, gerir, coordenar, fiscalizar o trabalho e sua forma de execução.

Acrescenta Mauricio Godinho Delgado que o "poder empregatício é o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentrada na figura do empregador, para exercício no contexto da relação de emprego."⁴

2.1- Poder Diretivo

Estando o empregado subordinado a seu empregador, sujeita-se, por conseqüência ao poder diretivo deste. Onde há trabalho subordinado, há o exercício do poder de direção e de comando do empregador, considerando-se como o direito que lhe cabe de determinar as condições para utilização e aplicação concreta da força de trabalho do empregado, nos limites do contrato.⁵

¹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 23ª ed., São Paulo: Atlas, 2007. p. 95.

² AVALONE FILHO, Jofir. *A ética, o Direito e os poderes do empregador*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 32, 1 jun. 1999. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/1151>>. Acesso em: 27 mar. 2011.

³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 34ª Ed. São Paulo: Ltr, 2009. p. 663.

⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5.ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 629.

⁵ DELGADO, op. cit., p. 629.

Portanto, o poder de direção é uma faculdade única e exclusiva do empregador, visando supervisionar a atividade desenvolvida pelo empregado, indicando o modo como deve ser realizado o trabalho, em virtude da função pré-estabelecida no contrato de trabalho.¹

E o fundamento do poder de direção é encontrado no art. 2.º da CLT, na definição de empregador, qualificando-o como aquele que “dirige” a prestação dos serviços dos seus empregados.² “O empregador tem todo o direito de organizar seu empreendimento, decorrente também do direito de propriedade”.³

Sendo o empregador detentor do poder diretivo, cabe a este organizar sistematicamente o ambiente de trabalho e disciplinar os empregados. Neste ponto, está Alice Monteiro de Barros⁴, quando assevera sobre o assunto do empregado obedecer a ordens ilícitas:

“Cumprе ressaltar que as ordens emitidas por quem não está legitimado a fazê-lo, as ordens ilícitas ou capazes de lesar direitos à integridade física ou moral do empregado poderão ser desobedecidas. Logo, não está o empregado obrigado a acatar ordens que lhe exijam uma conduta ilegal (prática de um crime), [...] Da mesma forma, não estão os empregados obrigados a acatar ordens sobre aspectos alheios à relação de emprego e sem qualquer repercussão sobre ela. Isso porque, em regra, a vida privada do empregado, seus costumes, amizades, idéias, orientação sexual e opiniões estão fora do campo de incidência do poder diretivo do empregador, como também suas crenças religiosas, convicções políticas, liberdade sindical, o que se deduz do art. 5º, inciso X, da Constituição de 1988, quando considera invioláveis a intimidade e a vida privada das pessoas, como também dos incisos IV, VI, VIII, XVII do mesmo diploma, que garantem a liberdade de pensamento, de crença religiosa, de convicção filosófica ou política e de associação para fins lícitos. Nessas situações, justifica-se a desobediência extralaboral.”

¹ NASCIMENTO, op. cit., p.667.

² FIGUEIRÔA JUNIOR, Narciso. *O uso de e-mail no ambiente de trabalho*. Setcesp, São Paulo, ano 2, n. 21, 27 jun. 2005. Disponível em: <http://www.setcesp.org.br/informativo_juridico/Informativo_juridico_21.pdf>. Acesso em 14 abr. 2011.

³ MARTINS, op. cit., p. 193.

⁴ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Ltr, 2010. p. 579.

Em outras palavras, assegura-se àquele que se beneficia do labor alheio. Para Delgado “o conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna da empresa e correspondente prestação de serviços”¹, dentro dos limites legais.

Assim, para que o empregador organize o seu empreendimento, é necessário que ele exerça seu poder diretivo, que se subdivide em outros poderes de igual importância: poder de organização; poder de controle e poder disciplinar, que passaremos a analisar.

2.1.1 Poder de Organização

A primeira manifestação do poder diretivo ocorre no poder de organização, já que o empresário é um organizador de sua empresa, em virtude do seu direito de propriedade ².

São várias as atribuições desse poder, tais como: definir a finalidade econômica da empresa, a estrutura jurídica, cargos e funções dos empregados, instituir o regulamento interno da empresa, e neste dispor as sanções disciplinares, entre outros.³

2.1.2 Poder de Controle

O poder de controle, também conhecido como poder fiscalizatório, é outra manifestação do poder diretivo do empregador, sendo aplicado com o intuito de fiscalizar as atividades de seus empregados, durante a prestação do serviço em âmbito interno da empresa, bem como a qualidade e a forma dos serviços prestados pelos mesmos.

Vários são os meios de controle, sendo os mais utilizados: o controle de horário por várias formas, as revistas pessoais, o circuito interno de televisão, entre outros. A Constituição

¹ DELGADO, op. cit., p. 631.

² MARTINS, op. cit., 193.

³ NASCIMENTO.op cit, p. 226

Federal de 1988 não acolheu as condutas fiscalizatórias, que ofendam a liberdade e a dignidade da pessoa humana.¹ Esse tem sido o entendimento do TST quanto ao exercício desse poder

O exercício do poder fiscalizatório não constitui abuso de direito, quando não evidenciados excessos pelo empregador ou por seus prepostos.

Nesse diapasão, está o monitoramento dos e-mails de seus empregados.

2.1.3 Poder Disciplinar

Como a própria expressão indica, o poder disciplinar ou, como também é conhecido, o poder punitivo é o conjunto de prerrogativas concentradas no empregador destinadas a impor sanções aos empregados em virtude do descumprimento por esses de suas obrigações contratuais.²

Visando manter a ordem e a disciplina no local de trabalho, o empregador tem a faculdade de aplicar penalidades aos empregados que não cumprirem com as suas obrigações.

Na legislação brasileira, as penalidades disciplinares apresentam-se sob a forma de advertência, suspensão e justa causa. Há, ainda, a possibilidade de aplicação da multa, cabível somente ao atleta profissional. Lembrando que não há necessidade da gradação das penalidades. Mas, de qualquer sorte, estão sujeitas a controle da Justiça do Trabalho.

3- Modernas tecnologias de trabalho - O uso do correio eletrônico

Feita às análises acadêmicas acima, de forma a permitir breve introdução ao tema central desse estudo, necessário, ainda a localização do tema nos aspectos sócio-econômico, pois com o avanço constante da tecnologia e o fenômeno da globalização, os computadores passaram a ser ferramentas de trabalho de extrema importância nos mais diversos ramos do mercado. Com a revolução da informática e a introdução no ambiente de trabalho do correio eletrônico, os trabalhadores passaram a contar com uma ferramenta indispensável ao bom desempenho das tarefas, possibilitando maior produção laboral em menor tempo.

¹ DELGADO, op. cit., p. 634-635.

² DELGADO, op. cit., p. 636.

O certo é que os diversos benefícios proporcionados pela tecnologia trazem um novo questionamento no ambiente de trabalho, qual seja, se o empregador pode monitorar o correio eletrônico do empregado. A partir desta indagação, surgem inúmeros outros problemas relacionados aos direitos da personalidade dos empregados, dentre os quais a vida privada, além da inviolabilidade do sigilo de correspondência, que se conflitam com o poder diretivo do empregador.

É, portanto, necessária a análise do controle do e-mail, tendo em vista a ausência de manuseio de instrumentos eletrônicos gerando preocupante lacuna entre o fático e o jurídico.

4.1 o e-mail como forma de comunicação no tempo

Em 1969, a empresa BBN foi contratada pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos da América para desenvolver uma rede chamada ARPANET — rede de computadores criada pelos militares norte-americanos que, no futuro, daria origem à Internet. Esta rede de computadores trouxe muitas contribuições ao desenvolvimento do correio eletrônico (eletronic mail) ou simplesmente e-mail.¹

Em outubro de 1971, surge a correspondência eletrônica na cidade americana de Cambridge, no estado de Massachusetts, Estados Unidos da América, também em um laboratório da BBN, com o programador Ray Tomlinson.² A primeira mensagem encaminhada por ele não foi conservada, sendo um anúncio da disponibilidade de um e-mail em rede.³

Mas foi com a ARPANET que cresceu significativamente o conhecimento da população a respeito do correio eletrônico. No início desta descoberta, o e-mail teve a função de trocar mensagens simples entre seus usuários, como se fosse a nossa mensagem de celular de hoje em dia. Com a evolução do sistema, foi possível o envio de mensagens maiores, firmando-se, assim, o e-mail como correio eletrônico. Com o passar do tempo, o e-mail foi objetivando-se como uma oportunidade comercial.⁴

¹ E-MAIL comemora 30 anos de idade. Folha On line, São Paulo, 2 de outubro de 2001. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u8122.shtml>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

² CONHEÇA, a história do e-mail. Prefeitura de São Paulo, São Paulo, 26 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.telecentros.sp.gov.br/institucional/imprensa/releases/index.php?p=2534>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

³ E-MAIL. Wikipédia: a enciclopédia livre. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/E-mail>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

⁴ KARASINSKI, Eduardo. *A história do email*. 21 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.baixaki.com.br/info/2763-a-historia-do-email.htm>>. Acesso em: 4 abr. 2011.

No ano de 1978, “[...] Gary Thuerk enviou para cerca de 600 pessoas da ARPANET uma mensagem tentando vender o Decsystem-20, um computador novíssimo da época.” Rapidamente, espalhou-se pelo mundo levando as pessoas a terem acesso a todos os lugares sem sair da própria casa.¹

Todavia, somente em meados de 1990 que, de fato, iniciou-se a popularização do e-mail. O primeiro correio eletrônico gratuito foi o Hotmail, criado por Sabeer Bhatia, de descendência indiana. Sua intenção era fazer com que todos pudessem ter acesso à sua caixa de mensagens de qualquer computador. Em 1997, Bhatia vendeu o Hotmail para a Microsoft.²

Hoje o e-mail é um meio de comunicação imensurável, com relação a sua proporção e agilidade tanto para as pessoas quanto para as empresas, possibilitando, em poucos segundos, a troca de informações entre os mais distantes lugares. Ficou mais fácil para negociar, para fazer propaganda, para comercializar, enfim um importante facilitador de comunicação entre pessoas físicas e jurídicas.

O e-mail pode ser definido como um mecanismo disposto por meio eletrônico cuja finalidade principal é a transmissão de conteúdo à distância. É um sistema de emissão e recepção de mensagens por intermédio da caixa de correio de uma pessoa até a caixa de correio de outra.³ Com isso, não menos importante é a mudança sofrida também nas relações de trabalho.⁴

Quanto à implementação da internet, e especialmente do e-mail, nas relações de trabalho, salienta Andréa Letícia Carvalho Guimarães⁵:

“As relações de trabalho não escaparam desse fenômeno, utilizando massivamente dessas novas tecnologias, notadamente com a adoção do

¹ Idem.

² Idem.

³ PAIVA, Mário Antonio Lobato de. *O Monitoramento do Correio Eletrônico no Ambiente de Trabalho*. Brasília, Revista CEJ, n. 19, p. 24-39, out./dez. 2002. Disponível em:

<<http://www.cjf.jus.br/revista/numero19/artigo4.pdf>>. Acesso em: 30 mai 2011.

⁴ MANTOVANI JUNIOR, Laert; SILVA, Leda Maria Messias da. *O Direito à Intimidade do Empregado e a Possibilidade do Monitoramento de E-mails por Parte do Empregador*. São Paulo, Revista LTr. Vol. 73, n. 07, jul. 2009. p. 820.

⁵ GUIMARÃES, Andréa Letícia Carvalho. *O Controle do E-mail do Empregado pelo Empregador: Violação de Direitos Fundamentais?* Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br>>. Acesso em: 27 abr 2011.

e-mail no ambiente laboral, como instrumento de comunicação interna e externa entre os empregados e empregadores, fornecedores, clientes, bem como de agentes que compõem essas relações. A internet, mais especificadamente o *e-mail*, permite o incremento da produtividade do empregado, uma vez que informações para o desenvolvimento do trabalho acham-se disponíveis de maneira fácil e rápida. Podem-se efetuar transações comerciais, pesquisas, treinamentos, gerenciamento à distância de subsidiárias e troca de informações imprescindíveis para o deslinde do trabalho.”

Destacam Laert Mantovani Junior e Leda Maria Messias da Silva¹ que:

“Os empregadores possibilitaram a seus empregados o acesso à rede mundial – internet no intuito de utilizarem esse poderoso instrumento como ferramenta de trabalho, visando a propiciar um trabalho com maior rapidez, presteza e qualidade no desenvolvimento da atividade econômica.”

Como se pode notar, o e-mail tornou-se ferramenta indispensável de trabalho utilizada pela grande maioria dos empregados na atualidade e, inevitavelmente, esta inovação refletiu-se no âmbito jurídico, trazendo inúmeras divergências, especialmente, na colisão com os direitos fundamentais da privacidade e da intimidade do trabalhador e da inviolabilidade das correspondências no ambiente laboral.

Embora o texto constitucional, ao tratar de tais direitos fundamentais, não tenha como base o ambiente laboral, não se pode separar do indivíduo essa gama de direitos, isso porque são aplicáveis a todas as relações, inclusive à relação de trabalho.²

3.2- O direito à privacidade X ambiente de trabalho

Disposto no Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, declara-se, no inciso X, do artigo 5º da CF/1988: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”³ Sendo assim, a finalidade da norma é criar uma forma de proteger o espaço íntimo e privado da pessoa.

¹ MANTOVANI JUNIOR, Laert; SILVA, Leda Maria Messias da. op. cit., p.822.

² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 243-245.

³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 28 mai. 2011.

Nesse sentido, o magistério de José Afonso da Silva¹ que “*A esfera de inviolabilidade, assim, é ampla, abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo*”. E, comentando o art. 5.º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, acrescenta:

“O direito à intimidade é quase sempre considerado como sinônimo de direito à privacidade. Esta é uma terminologia do direito anglo-americano (*right of privacy*), para designar aquele, mais empregada no direito dos povos latinos. Nos termos da Constituição, contudo, é plausível a distinção que estamos fazendo, já que o inciso X do art. 5.º separa a intimidade de outras manifestações da privacidade: vida privada, honra e imagem das pessoas.”²

Assim, todos os fatos, informações, relacionamentos, acontecimentos, dentre outros, que a pessoa deseja manter em seu foro íntimo e possa moldá-la de forma singular está sob proteção do direito à intimidade e à privacidade.

Alexandre de Moraes³ defende que “*os direitos à intimidade e a própria imagem formam a proteção constitucional à vida privada, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas*”.

Em que pese a importância do direito em voga, cumpre observar que os direitos fundamentais não são absolutos, tendo como limites os direitos fundamentais de outrem. Com isso sintetiza Bruno Herrlein Correia de Melo⁴ que “*[...] a tutela exercida pelo direito à intimidade deve, via de regra, resguardar a Vertrauensphäre (“esfera da intimidade”) do indivíduo, salvo em ocasiões onde, em confronto com outros direitos que o limitem, tenham sua abrangência reduzida*”.

Na relação empregatícia, o principal limite colocado ao direito de intimidade é o poder diretivo do empregador, que, como visto anteriormente, baseia-se na função de conduzir o serviço prestado a este por seu empregado.⁵

Não é demasiado lembrar que a pessoa jurídica também tem seus direitos fundamentais resguardados. Tanto os fatos relacionados à vida privada empresarial não podem ser

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 188.

² Ibidem. p. 189.

³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 47.

⁴ MELO, Bruno Herrlein Correia de. *Fiscalização do correio eletrônico no ambiente de trabalho*. Campinas: Servanda, 2007. p. 93.

⁵ SOUZA, Maria Rosilene de Menêzes. *A Intimidade do Empregado e o Poder Diretivo do Empregador*. 23 de janeiro de 2008. Disponível em: <<http://www.abraao.com/backup/artigos1/mostra.php?id=4>>. Acesso em: 8 mai. 2011.

divulgados eventualmente por seus empregados, respeitando-se os meios de atuação da empresa no mercado com o lançamento de um novo produto e com o desenvolvimento de novas tecnologias, por exemplo.¹

Portanto, resta-nos indubitável que o princípio constitucional que assegura intimidade incide nas relações de emprego, entretanto essa diretriz não deve ter o condão de ser um direito absoluto, e sim o de integrar-se ao conjunto de preceitos legais de maneira sistemática, entre os quais encontramos a faculdade do empresário de estabelecer mecanismos de monitoramento dos empregados para fiscalizar a realização efetiva do trabalho, para bem aplicar sanções disciplinares, com o devido respeito a normas fundamentais.²

3.3 - O direito à inviolabilidade da correspondência X ambiente de trabalho

Com a Constituição de 1988, o Brasil consagrou, entre outros direitos, a inviolabilidade do sigilo de dados entre os seus direitos e garantias individuais, assegurando-o em seu art.5º, inciso XII³ :

“É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”

Reservou-se tal direito do referido diploma legal para a tutela do particular contra a ação infundada ou lesiva do estado e dos demais membros da coletividade. Cada indivíduo, ao manter suas relações sociais utilizando-se de instrumentos de comunicação, tem o direito de ter suas conversas ou informações mantidas no mais absoluto sigilo, sem que as mesmas sejam objeto de divulgação a outras pessoas.⁴

A correspondência conquistou a proteção do seu sigilo com o surgimento do serviço postal. Este foi alvo de grande fiscalização estatal e de sua responsabilidade exclusiva, visando maior segurança e presteza no que tange ao envio das comunicações.⁵

¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 165.

² MALTINTI, Juliana de Camargo; MALTINTI, Luciana de Camargo. *O Monitoramento do Correio Eletrônico nas Relações de Trabalho*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/fortaleza/3387.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 11.

³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 28 mai. 2011.

⁴ VERÍSSIMO, Dijonilson Paulo Amaral. *Princípio da Inviolabilidade do Sigilo das Comunicações*: o disposto no inciso XII, do artigo 5º da Constituição Federal. Disponível em:

<<http://www.mp.rn.gov.br/bibliotecapgj/artigos/artigo17.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2011.

⁵ MELO, op. cit., p.108.

Outrossim, a proteção ao sigilo seguiu com a evolução das várias formas de correspondências que, inicialmente, limitava-se somente às cartas escritas de próprio punho. Contudo, com a globalização e com o advento da Internet, surgiram o telégrafo, o telefone e o mais atualizado meio de correspondência, o correio eletrônico.¹

A correspondência pode ser classificada em duas modalidades: a epistolar e a telegráfica,² Contudo, se faz necessária a criação de uma terceira modalidade, diante da ausência de classificação do correio eletrônico em uma das duas formas descritas acima, constituindo-se uma modalidade *sui generis* de correspondência.

O correio eletrônico é equiparado ao telegrama, ao telex e ao telefax, pela Lei Modelo das Nações Unidas sobre Comércio Eletrônico, consolidando, deste modo, à posição de correspondência telegráfica, em outra modalidade.³

Nesta linha, podendo ser encaminhado, por meio deste último, informações de caráter sigiloso por parte da empresa, fundamentado no direito à inviolabilidade e no sigilo de correspondência, é imprescindível sua fiscalização e monitoramento.

Neste sentido, entende Alexandre de Moraes⁴ que:

“O preceito que garante o sigilo de dados engloba o uso de informação decorrente da informática. Essa nova garantia, necessária em virtude de existência de uma nova forma de armazenamento e transmissão de informações, deve coadunar-se com as garantias de intimidade, honra e dignidade humanas, de forma que se impeçam interceptações ou divulgações por meios ilícitos.”

E acrescenta que:

“Ocorre, porém, que apesar de a exceção constitucional expressa referir-se somente à interceptação telefônica, entende-se que nenhuma

¹ Ibidem, p.110.

² MELO, op. cit., p.111-112.

³ Ibidem, p. 117.

⁴MORAES, op. cit., p. 53.

liberdade individual é absoluta, sendo possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências e comunicações telegráficas e de dados sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.¹

Impende, numa primeira análise, ressaltar que as correspondências eletrônicas protegidas constitucionalmente são aquelas de natureza pessoal, e não as de natureza profissional, uma vez que as primeiras dizem respeito a aspectos da vida privada, intimidade, honra e imagem das pessoas humanas, enquanto que as segundas dizem respeito apenas às informações pertinentes à empresa e à atividade laboral, conforme se verá.

3.4 correio eletrônico pessoal X ambiente de trabalho

Na conta de correio eletrônico particular é a pessoa física quem contrata os serviços de um provedor de acesso, com a finalidade de criar um endereço eletrônico pessoal. Nesse caso, cabe a ela determinar o codinome que deseja adotar em seu endereço, ou seja, eleger seu próprio *login* e respectiva senha para acesso. Portanto, a comunicação se realiza por meio de conta privada do usuário - que detém sua titularidade e suporta com os custos da prestação de serviço de provimento de acesso e conexão.²

Euler Sinoir de Oliveira³ acrescenta, ainda, que:

"[...] nessa hipótese, a conta pessoal insere-se em inquestionável ambiente de privacidade absoluta de seu titular, uma vez que as informações trafegadas são de natureza pessoal, confidencial e de seu interesse específico. Por esse motivo, se sujeitam ao agasalho das garantias constitucionais de proteção à intimidade, da vida privada, assim como da inviolabilidade do sigilo da correspondência, que sob nenhuma hipótese poderá ser objeto de gerenciamento pelo empregador, por integrar ambiente privado e íntimo do funcionário. Nas condições apontadas, o endereço eletrônico de titularidade pessoal não comporta a incidência de qualquer acesso ou interferência de terceiros, nem mesmo do provedor de serviço de conexão à Internet contratada, que não está autorizado a fornecer informações sobre o usuário, ressalvadas a hipótese de cumprimento judicial."

¹ MORAES, op. cit., p. 52.

² OLIVEIRA, Euler Sinoir de. *A Inconstitucionalidade da Violação de E-mail do Empregado pelo Empregador*. Brasília, Jornal Trabalhista Consulex, nº 1082, 22 de agosto de 2005. p. 4-8. Disponível em:

< <http://www.forenses.com.br/artigos/autor/euler/email.htm> >. Acesso em 27 abr. 2011.

³ Idem.

Tendo em vista o caráter eminentemente particular o e-mail pessoal e o fato de que este é, indubitavelmente, de propriedade do próprio trabalhador, entende-se que a violação do correio pessoal, onde quer que seja acessado, constitui invasão de privacidade estando, conseqüentemente, passível de reparação pelo dano causado.¹

É necessário considerar que o chamado "uso social do correio eletrônico", deve-se admitir, o empregador permite o uso pessoal, não abusivo e justificado dos meios de comunicação da empresa postos à disposição dos empregados, uma vez que seria inconcebível pretender que o empregado se desligue totalmente do mundo externo quando se encontre no ambiente de trabalho.²

A 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, em São Paulo, ao analisar o envio de um único e-mail do tipo "corrente", no horário de café do remetente, decidiu que a conduta não tipifica justa causa e que a violação de correspondência, ainda que eletrônica, fere a garantia à intimidade.

"JUSTA CAUSA. "EMAIL" CARACTERIZA-SE COMO CORRESPONDÊNCIA PESSOAL. O fato de ter sido enviado por computador da empresa não lhe retira essa qualidade. Mesmo que o objetivo da empresa seja a fiscalização dos serviços, o poder diretivo cede ao Um único "E-mail", enviado para fins particulares, em horário de café, não tipifica justa causa. Recurso provido.³

Já para Mauro César Martins de Souza⁴ explica que o monitoramento do e-mail pessoal pode ser realizado nos casos em que este esteja sendo utilizado no trabalho:

"O correio eletrônico é uma ferramenta de trabalho dada pelo empregador ao empregado para a realização do trabalho, portanto sobre ele incide o poder de direção do empregador e conseqüentemente o direito do mesmo fiscalizar seu uso pelo funcionário. Os endereços gratuitos ou particulares, desde que acessados no local de trabalho, enquadram-se em tese, no mesmo caso."

¹ MELO, Bruno Herrlein Correia de. *Aspectos jurídicos da fiscalização do correio eletrônico no ambiente de trabalho*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 973, 1 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8014>>. Acesso em: 4 jun. 2011.

² Idem.

³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho, 2ª Região. Ementa. RO 2000034734-0 (2000000387414). Recorrente: Augusto Cezar Silva Novaes. Recorrido: Unimed do Estado de São Paulo. 6ª Turma. Rel.: Juiz Fernando Antônio Sampaio da Silva. São Paulo, SP, 08 de agosto de 2000. Disponível em: <www.trt2.gov.br>. Acesso em: 28 mai. 2011.

⁴ SOUZA, Mauro César Martins de. *E-mail na Relação de Emprego: Poder Diretivo do Empregador e Privacidade do Empregado*. Disponível em: <<http://www.kplus.com.br/materia.asp?co=46&rv=Direito>>. Acesso em: 11 fev. 2011.

Em posição contrária a esta, está Alexandre Angra Belmonte¹. Assim:

“[...] e-mail particular é o meio de comunicação de natureza estritamente pessoal e, portanto, inviolável. Nessa qualidade, somente podendo ser vasculhado mediante prévia autorização, do próprio empregado ou ainda judicial, na última hipótese se entendido que não fica limitada à instrução processual penal, podendo ser estendida aos processos civil e trabalhista. Qualquer intromissão material não autorizada será considerada invasão de intimidade e, especificamente, quebra de sigilo de correspondência.”

Assim, nota-se que o e-mail particular é obtido pela própria pessoa, com qualquer finalidade, sendo de sua propriedade, de maneira que, mesmo acessado no ambiente de trabalho, as mensagens enviadas por meio deste endereço estão protegidas pelo manto da inviolabilidade e não podem ser monitoradas pelo empregador, pois fazem parte da esfera da intimidade do empregado.

3.5 - Correio Eletrônico Corporativo.

O e-mail corporativo é o correio eletrônico fornecido pelo empregador ao empregado, juntamente com os equipamentos de informática, para serem utilizados exclusivamente na prestação dos serviços, como parte de suas ferramentas de trabalho, não havendo, por isso, transferência de propriedade para o empregado, o e-mail continua sendo da empresa. Da mesma forma ocorre com o computador que o trabalhador usa em suas tarefas, ele é cedido pela empresa, mas o funcionário não tem qualquer direito de propriedade sobre aquele.²

Acrescentam Juliana de Camargo Maltinti e Luciana de Camargo Maltinti³, que *e-mail* corporativo é criado pela empresa em seus recursos computacionais e pode ser excluído ou definitivamente, com a cessação do contrato de trabalho.

¹ BELMONTE, Alexandre Angra. *O controle da correspondência eletrônica nas relações de trabalho*. 28 de março de 2008. Disponível em:

<<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/23821/23384>>. Acesso em: 13

mai. 2011.

² MALTINTI, Juliana de Camargo; MALTINTI, Luciana de Camargo, loc. cit.

³ Idem.

Conforme Euler Sinoir de Oliveira¹:

“Correspondência eletrônica corporativa trafega através de rede privada de computadores da empresa, suportando o empregador, na qualidade de proprietário dos equipamentos e titular da caixa postal, com os custos do registro e outros relativos à prestação de serviços de provimento de acesso a conexão à *internet*. Portanto, o endereço eletrônico pertencente à conta corporativa atua como um veículo de comunicação privada do empregador e integra seu ambiente privado. O correio eletrônico corporativo traduz-se em um serviço de correio interno e privativo da empresa, voltado exclusivamente para o exercício de sua atividade comercial. Esse meio de comunicação remota, largamente utilizado no tráfego de informação, destaca-se por propiciar sensível economia de tempo, rapidez na condução de problemas, elevando em consequência a produtividade e reduzindo custos operacionais.”

O correio eletrônico corporativo é vinculado ao nome da empresa. Todo endereço de e-mail possui o nome do empregado, ou algum indicador capaz de localizar o funcionário-usuário dentro da empresa, seguido do nome ou alguma referência da empresa. Este fato reforça o conceito de que o e-mail corporativo existe apenas para fins de trabalho.²

João Oreste Dalazen³ elucida que “o *e-mail* corporativo é como se fosse uma correspondência em papel timbrado da empresa”. E acrescenta ainda que não há qualquer intimidade do empregado a ser preservada, na medida em que essa modalidade de e-mail não é colocada à disposição do empregado para fins particulares.

Assim, pode-se notar que é a empresa quem está se comunicando por e-mail, por intermédio de seu empregado-preposto. Nesse sentido, cabe acrescentar o seguinte entendimento do Tribunal Superior do Trabalho:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA E-MAIL CORPORATIVO ACESSO PELO EMPREGADOR SEM A ANUÊNCIA DO EMPREGADO PROVA ILÍCITA NÃO CARACTERIZADA. Consoante entendimento consolidado neste Tribunal, o e-mail corporativo ostenta a natureza jurídica de ferramenta de trabalho, fornecida pelo empregador ao seu empregado, motivo pelo qual deve o obreiro utilizá-lo de maneira adequada, visando à obtenção da maior eficiência nos serviços que

¹ OLIVEIRA, loc. cit.

² MALTINTI, Juliana de Camargo; MALTINTI, Luciana de Camargo, loc. cit.

³ DALAZEN, João Oreste. *E-mail: O Empregador pode Monitorar?* São Paulo, 17 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.guiatrabalhista.com.br/noticias/monitoramentodee-mail.htm>> Acesso em 27 abr. 11.

desempenha. Dessa forma, não viola os arts. 5º, X e XII, da Carta Magna a utilização, pelo empregador, do conteúdo do mencionado instrumento de trabalho, uma vez que cabe àquele que suporta os riscos da atividade produtiva zelar pelo correto uso dos meios que proporciona aos seus subordinados para o desempenho de suas funções. Não se há de cogitar, pois, em ofensa ao direito de intimidade do reclamante.¹”

Pode-se ensaiar uma afirmação de que não é possível aplicar os princípios da privacidade e da inviolabilidade da correspondência ao e-mail corporativo, já que a proteção deve ser conferida ao empregador, pois é este detentor das informações e da ferramenta de trabalho. Com base nessas considerações, passa-se a analisar a possibilidade de monitoramento e fiscalização da correspondência eletrônica corporativa utilizada pelo empregado no ambiente laboral.

3.6- O E-mail Corporativo e o Direito de Propriedade do Empregador

Uma das argumentações em defesa do monitoramento do e-mail corporativo do empregado pelo empregador está fundamentada basicamente no direito de propriedade, uma vez que é o empregador o dono dos instrumentos de trabalho, tais como computadores, programas, provedores, e-mails, entre outros, haja vista a previsão legal no artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal.

Sendo o empregador possuidor dos meios de produção e, acima de tudo, por assumir os riscos da atividade econômica, considera-se direito e dever do mesmo administrar o exercício laboral dos seus empregados, assim como restringir o acesso à Internet como um todo e, especificamente, ao correio eletrônico, cabendo ao empregado subordinar-se a estas normas estipuladas.²

Destaca Mario Paiva: ³

“[...] o correio proporcionado pela empresa deve ser destinado necessariamente ao uso estritamente profissional, como uma espécie de ferramenta de trabalho de propriedade da empresa, não podendo o empregado a princípio, utilizá-lo para fins particulares. Nesse caso entendemos que a empresa detém a faculdade de controle sobre o

¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR 1640/2003-051-01-40. Agravante: Jorge Luís Arroyo Durand. Agravado: Cia. Palmares de Hotéis e Turismo. 1ª Turma. Rel.: Min. Vieira de Mello Filho. Brasília, 15 outubro de 2008. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 28 mai 2011.

² AVALONE FILHO, loc. cit.

³ PAIVA, loc. cit.

correio, desde que comprove realmente que a fiscalização do correio eletrônico serviu para o fim a que se destina, sem maiores intervenções que pudessem revestir-se de ilegalidade e lesão a direitos postos.”

Assegurado pela Constituição Federal, o direito de propriedade está entre as garantias fundamentais, podendo o proprietário usar, gozar, dispor e reaver seus bens. Contudo, há limites a este direito, não sendo absoluto, pois se deve seguir no princípio da dignidade do empregado.

A correspondência eletrônica corporativa é sustentada pelo empregador na condição de dono dos equipamentos laborais, o que lhe dá a prerrogativa de orientar sua utilização da maneira que entender mais conveniente para a empresa, desde que seja exercido com limites, sendo defeso ao empregado desvirtuar a destinação devida para utilização de assuntos pessoais.

Assim, necessário se faz construir um equilíbrio para solucionar o conflito. Deve-se ponderar entre as necessidades empresariais - como imposição do direito de propriedade, e proteção dos direitos à intimidade e sigilo de correspondência do empregado. Se esse equilíbrio não for encontrado, através da ponderação entre normas, haverá desarmonia das relações trabalhistas e violação dos preceitos constitucionais.

3.7- O Poder do Empregador de Monitorar o e-mail Corporativo

Cabe ao empregador, repita-se, usar seu poder de direção para gerir a atividade em prática, determinando a estrutura jurídica, física e econômica de sua empresa. Ao exercer seu poder, o empregador emite ordens técnicas e administrativas que, por força do contrato de trabalho, devem ser cumpridas pelo empregado.

Durante o horário do trabalho o empregado está à disposição do empregador. Logo, pode o empregador, por si ou por seus prepostos, acompanhar e fiscalizar a atividade do empregado a fim de verificar se este não está acessando conteúdo impróprio ao ambiente de trabalho, principalmente para saber se não está servindo ao aspecto pessoal e não ao profissional. O poder diretivo abre espaço, então, para o monitoramento do meio informático.

Observa Bruno Melo¹ que a averiguação visa “[...] *preservar o respeito à honra e à imagem da empresa e garantir um melhor desempenho dos empregados no horário de trabalho,*

¹ MELO, op. cit., p. 154.

además de, em sendo considerado ferramenta de trabalho fornecida pelo empregador com fins específicos, ser passível de fiscalização."

Há dois motivos que levam o empregador a fiscalizar os empregados: a) em virtude da segurança, haja vista a obtenção de inúmeros vírus via Internet, bem como a baixa de arquivos que levam à lentidão da máquina e, conseqüentemente, dos demais computadores que funcionam em rede dentro da empresa; b) o tempo excessivo gasto pelo empregado com questões particulares na Internet, desvirtuando o real objetivo do instrumento de trabalho disponibilizado, como, por exemplo, o envio de mensagens eletrônicas, visitas a sites de compras e, até mesmo, procura por emprego.

A empresa fornece condições e ferramentas para o desenvolvimento das funções determinadas ao empregado, visando ao uso destes instrumentos somente no ambiente laboral. Assim, no caso de desejo do empregado em enviar mensagens eletrônicas via e-mail, deve fazê-lo pela caixa de correio pessoal, e não profissional.¹

Sobre esta questão, Marcus Paredes² ilustra que:

"Admitir que o empregado possa fazer uso do *e-mail* empresarial, cuja utilização traz dispêndios à pessoa jurídica (conta telefônica, energia elétrica e provedor de acesso), para fins particulares, sob o manto da inviolabilidade da vida privada, é o mesmo que permitir a utilização do material de expediente no estrito interesse particular do empregado."

Recorrendo, mais uma vez, a Bruno Melo para quem as mensagens enviadas pela correspondência eletrônica corporativa são totalmente passíveis de fiscalização pela pessoa jurídica empregadora, desde que se mencione este procedimento no Regulamento Interno de Trabalho e desde que os empregados tenham conhecimento dos atos fiscalizatórios aos quais estão submetidos, dando sua anuência expressa a respeito.³

Cabe ainda ao empregador, como já analisado, o poder de aplicar sanções, quando o empregado não cumprir com as obrigações determinadas, com o intuito de manter a ordem e as regras dentro do estabelecimento comercial⁴. Podendo, ainda, o uso do e-mail ou de

¹ MELO, op. cit., p. 155

² MARCUS PAREDES apud MELO, op. cit., p. 156.

³ MELO, op. cit., p. 159-160.

⁴ MARTINS, op. cit., p. 192.

páginas da Internet que não sejam condizentes com o trabalho, acarretar rescisão do contrato de trabalho por justa causa.

Todavia a Jurisprudência, no âmbito da Justiça do Trabalho, tem apresentado divergências quanto à fiscalização do e-mail, bem como a aplicação das penalidades.

A decisão abaixo transcrita, ao analisar o envio de e-mails com conteúdo pornográfico, não acolheu a alegação de justa causa feita pelo empregador por entender que a prova de mau procedimento fora obtida ilicitamente, devido à suposta violação da correspondência eletrônica do empregado. Neste caso observa a sentença:

"[...] A prova pretendida pelo reclamado, a fim de provar a justa causa alegada, não pode ser admitida em juízo em razão de flagrante ilegalidade, já que violada a correspondência do autor.

Emerge dos autos (inclusive admitido na audiência inaugural (fl. 117), tendo isso sido ainda corroborado pelo depoimento da preposta às fl. 351-352) que o reclamado teve acesso ao teor do e-mail, diretamente, através do provedor que é administrado e mantido pelo próprio reclamado.

Ficou, portanto, patente, que o acesso ao inteiro teor da correspondência eletrônica (e-mail) (o que abrange o conhecimento das fotos a ele anexadas) foi feito sem a participação ou expressa anuência de nenhum dos integrantes da cadeia de comunicação eletrônica, o que, por si só, caracteriza a violação da correspondência e a quebra da legalidade.

[...] O fato do autor descumprir a determinação do reclamado para somente usar sua conta de e-mail para cuidar de assuntos do serviço poderia ser fato grave o suficiente para ensejar a rescisão por justa causa, conforme o caso. Mas isso não se confunde com os meios através dos quais o reclamado teve acesso ao teor do e-mail, uma vez que para isso imprescindível que o acesso seja lícito (CF, art. 5º, LVI, c/c art. 332, CPC), sem mácula a nenhum princípio ou garantia constitucionalmente assegurada, inclusive o da inviolabilidade do sigilo da correspondência (art. 5º, XII).¹"

Não obstante a fundamentação acima, a terceira turma do TRT do Distrito Federal, onde foi ajuizado o Recurso Ordinário da sentença acima mencionada, reformou-a, sob o seguinte fundamento:

JUSTA CAUSA. E-MAIL. PROVA PRODUZIDA POR MEIO ILÍCITO. NÃO-OCORRÊNCIA. Quando o empregado comete um ato de improbidade ou mesmo um delito utilizando-se do e-mail da empresa, esta em regra, responde solidariamente pelo ato praticado por aquele. Sob este prisma,

¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho, 10ª Região. Sentença. 13.000613/2000. Autor: Elielson Lourenço do Nascimento. Reclamado: HSBC Seguros Brasil S/A. Juiz: José Leone Cordeiro Leite. Brasília, DF, 09 de outubro de 2001. Disponível em: <www.trt10.gov.br>. Acesso em: 29 mai. 2011.

podemos então constatar o quão grave e delicada é esta questão, que demanda a apreciação jurídica dos profissionais do Direito. Enquadrando tal situação à Consolidação das Leis do Trabalho, verifica-se que tal conduta é absolutamente imprópria, podendo configurar justa causa para a rescisão contratual, dependendo do caso e da gravidade do ato praticado. Considerando que os equipamentos de informática são disponibilizados pelas empresas aos seus funcionários com a finalidade única de atender às suas atividades laborativas, o controle do e-mail apresenta-se como a forma mais eficaz, não somente de proteção ao sigilo profissional, como de evitar o mau uso do sistema internet que atenta contra a moral e os bons costumes, podendo causar à empresa prejuízos de larga monta.¹

E foi esta decisão anteriormente transcrita que, analisada pelo Tribunal Superior do Trabalho, por sua vez, afastou a confidencialidade do e-mail corporativo, de forma a não configurar violação à intimidade do empregado admitindo que a seguradora "poderia rastrear todos os endereços eletrônicos, porque não haveria qualquer intimidade a ser preservada, posto que o e-mail não poderia ser utilizado para fins particulares". Reconheceu, portanto, a alegação de justa causa. Vejamos a ementa:

PROVA ILÍCITA. "E-MAIL" CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO. 1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual ("e-mail" particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade. 2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado "e-mail" corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço. 3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o "e-mail" corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador.

¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho, 10ª Região. Acórdão. RO 0504/2002. Recorrente: HSBC Seguros Brasil S/A. Recorrido: Elielson Lourenço do Nascimento. 3ª Turma. Relator: Min. Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro. Brasília, DF, 26 de junho de 2002. Disponível em: <<http://www.trt10.gov.br>>. Acesso em: 5 mai. 2011.

4. Se se cuida de "e-mail" corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar a INTERNET e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc.III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de "e-mail" de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido). 5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em "e-mail" corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal. 6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento.¹

Ademais, entendeu o Tribunal Superior do Trabalho também que, se o empregado usa o e-mail disponibilizado pela empresa como instrumento de trabalho, é cabível o monitoramento desta ferramenta, pela sua relação direta com a atividade laboral exercida na empresa:

I) DANO MORAL - NÃO CARACTERIZAÇÃO - ACESSO DO EMPREGADOR A CORREIO ELETRÔNICO CORPORATIVO - LIMITE DA GARANTIA DO ART. 5º, XII, DA CF.

1. O art. 5º, XII, da CF garante, entre outras, a inviolabilidade do sigilo da correspondência e da comunicação de dados.

2. A natureza da correspondência e da comunicação de dados é elemento que matiza e limita a garantia constitucional, em face da finalidade da norma: preservar o sigilo da correspondência - manuscrita, impressa ou eletrônica - da pessoa - física ou jurídica - diante de terceiros.

3. Ora, se o meio de comunicação é o institucional - da pessoa jurídica -, não há de se falar em violação do sigilo de correspondência, seja impressa ou eletrônica, pela própria empresa, uma vez que, em princípio, o conteúdo deve ou pode ser conhecido por ela.

4. Assim, se o "e-mail" é fornecido pela empresa, como instrumento de trabalho, não há impedimento a que a empresa a ele tenha acesso, para verificar se está sendo utilizado adequadamente. Em geral, se o uso, ainda que para fins particulares, não extrapola os limites da moral e da razoabilidade, o normal será que não haja investigação sobre o conteúdo de correspondência particular em "e-mail" corporativo. Se o trabalhador quiser sigilo garantido, nada mais fácil do que criar seu endereço eletrônico pessoal, de forma gratuita, como se dá com o sistema "gmail" do Google, de acesso universal.

5. Portanto, não há dano moral a ser indenizado, em se tratando de verificação, por parte da empresa, do conteúdo do correio eletrônico do

¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Ementa. RR-613/2000-013-10-00-7. Recorrente: Elielson Lourenço do Nascimento. Recorrido: HSBC Seguros Brasil S/A. 1ª Turma. Rel.: Min. João Orestes Dalazen. Brasília, DF, 18 de maio de 2005. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 19 mai de 2011.

empregado, quando corporativo, havendo suspeita de divulgação de material pornográfico, como no caso dos autos.¹

Após a análise jurisprudencial acima, pode-se concluir que o correio eletrônico deve ser utilizado no âmbito da empresa de forma moderada e que não implique em prejuízos de qualquer ordem ao empregador. A questão a ser observada não deve consistir à quantidade de e-mail's enviados e sim aos prejuízos que sua utilização pode causar ao empregador.

Traz-se o entendimento de que o e-mail corporativo pode ser monitorado, já que se trata de uma ferramenta disponível ao empregado para otimizar a atividade desenvolvida na empresa de propriedade do empresário. É facultada, pois, ao empregador a fiscalização, com a ressalva de que não deve haver maiores intervenções que ultrapassem os limites da legalidade, de forma a preservar os princípios do Direito, a boa-fé na execução do contrato de trabalho e a dignidade da pessoa humana. Devendo-se observar a finalidade específica deste controle, para que não atinja a intimidade do empregado.

4- CONCLUSÃO

Tendo em vista que a tecnologia cresce e se espalha com uma rapidez imensurável, os conflitos daí decorrentes surgem com a mesma velocidade e, no âmbito trabalhista, não poderia ser diferente. Dentre tantas inovações virtuais, o e-mail corporativo veio funcionalizar e otimizar o desenvolvimento das atividades praticadas nas empresas, bem como diminuir o tempo dispensado pelo empregado no desenvolvimento de suas tarefas.

Como visto no presente estudo, muitos empregados têm utilizado o equipamento da empresa e o correio eletrônico corporativo durante a jornada normal de trabalho para tratar de assuntos pessoais, o que tem gerado conflitos internos e demandas judiciais quanto aos limites na utilização desse e-mail e a possibilidade legal dos empregadores fiscalizarem as mensagens transmitidas.

Pelo ordenamento jurídico vigente não se tem nenhuma lei ordinária que trate especificamente do assunto, mas a Constituição Federal e a jurisprudência trazem nortes necessários para interpretação de cada caso concreto.

Saliente-se que o assunto é bastante polêmico, mas o entendimento dos tribunais brasileiros tem sido no sentido de que o monitoramento do e-mail corporativo é cabível, permitindo-se

¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão. RR-9.961/2004-015-09-00.1. Recorrentes: Otto Rheinschmitt e Esso Brasileira de Petróleo Ltda. Recorridos: os mesmos. 7ª. Turma. Rel.: Ives Gandra Martins Filho, Brasília, DF, 18 de fevereiro de 2009. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 29 de mai. 2011.

ao empregador que fiscalize o que é de sua propriedade, sendo ele detentor do poder diretivo e responsável pelos riscos do negócio.

Assim, o controle dessa utilização é direito do empregador, que através de seu poder de direção tenta coibir o uso inadequado do correio eletrônico por seus empregados. Mas, de qualquer sorte, as questões que envolvem a fiscalização, ante o poder diretivo do empregador, são muito complexas, pois colidem com uma série de direitos e garantias constitucionais.

Mas, por outro lado, a tendência mundial é conciliar os direitos fundamentais dos empregados com os direitos de propriedade e direção do empregador. E, a maneira eficaz de equilibrar ambos os interesses é através da instituição de uma clara política de utilização e monitoramento de e-mail e acesso à Internet, que nada mais é que o exercício do poder de organização do empregador, praticado através de regimentos internos, com a finalidade de autorizar, tolerar ou proibir a forma de utilização de equipamentos e contas de e-mails corporativos para fins particulares. Assim, os empregados não seriam surpreendidos com eventual controle do conteúdo de suas correspondências eletrônicas, gerando desconforto no ambiente de trabalho e conflito judicial.

A doutrina prevalecente e a jurisprudência que ganha corpo no colendo Tribunal Superior do Trabalho, se consolidam pela inexistência de qualquer ilicitude no procedimento patronal de monitoramento do e-mail corporativo utilizado pelo empregado.

REFERÊNCIAS

AVALONE FILHO, Jofir. *A ética, o Direito e os poderes do empregador*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 32, 1 jun. 1999. Disponível em:

<http://jus.uol.com.br/revista/texto/1151>. Acesso em: 27 mar. 2011.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Ltr, 2010.

BELMONTE, Alexandre Agra. *O controle da correspondência eletrônica nas relações de trabalho*. 28 de março de 2008. Disponível em:

<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/23821/23384>. Acesso em: 13 mai. 2011.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 28 mai. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 28 mai. 2011.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho, 10ª Região. Acórdão. RO 0504/2002. Recorrente: HSBC Seguros Brasil S/A. Recorrido: Elielson Lourenço do Nascimento. 3ª Turma. Relator: Min. Márcia Mazoni Cúrcio Ribeiro. Brasília, DF, 26 de junho de 2002. Disponível em: <http://www.trt10.gov.br>. Acesso em: 5 out. 2009.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho, 10ª Região. Sentença. 13.000613/2000. Autor: Elielson Lourenço do Nascimento. Reclamado: HSBC Seguros Brasil S/A. Juiz: José Leone Cordeiro Leite. Brasília, DF, 09 de outubro de 2001. Disponível em: www.trt10.gov.br. Acesso em: 29 mai. 2011.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho, 2ª Região. Ementa. RO 2000034734-0 (2000000387414). Recorrente: Augusto Cezar Silva Novaes. Recorrido: Unimed do Estado de São Paulo. 6ª Turma. Rel.: Juiz Fernando Antônio Sampaio da Silva. São Paulo, SP, 08 de agosto de 2000. Disponível em: www.trt2.gov.br. Acesso em: 28 mai. 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão. AIRR-1.542/2005-055-02-40.4. Agravante: Gustavo Francisco Bastos. Agravado: MBM Recuperações de Ativos Financeiros S/C Ltda. 7ª Turma. Rel.: Ives Gandra Martins Filho, Brasília, DF, 04 de junho de 2008. Disponível em: www.tst.gov.br. Acesso em: 29 de mai. 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão. RR-9.961/2004-015-09-00.1. Recorrentes: Otto Rheinschmitt e Ezzo Brasileira de Petróleo Ltda. Recorridos: os mesmos. 7ª Turma. Rel.: Ives Gandra Martins Filho, Brasília, DF, 18 de fevereiro de 2009. Disponível em: www.tst.gov.br. Acesso em: 29 de mai. 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR 1640/2003-051-01-40. Agravante: Jorge Luís Arroyo Durand. Agravado: Cia. Palmares de Hotéis e Turismo. 1ª Turma. Rel.: Min. Vieira de Mello Filho. Brasília, 15 outubro de 2008. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 28 mai 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Ementa. RR-613/2000-013-10-00-7. Recorrente: Elielson Lourenço do Nascimento. Recorrido: HSBC Seguros Brasil S/A. 1ª Turma. Rel.: Min. João Orestes Dalazen. Brasília, DF, 18 de maio de 2005. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 19 mai de 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR - 613/2000-013-10-00. Recorrente: HSBC Seguros Brasil S. A. Recorrido: Elielson Lourenço do Nascimento. 1ª. Turma. Rel.: Min. João Orestes Dalazen. Brasília, 10 de junho de 2005. Disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 28 mai 2011.

CONHEÇA, a história do e-mail. Prefeitura de São Paulo, São Paulo, 26 de novembro de 2007. Disponível em:

<<http://www.telecentros.sp.gov.br/institucional/imprensa/releases/index.php?p=2534>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

DALAZEN, João Oreste. *E-mail: O Empregador pode Monitorar?* São Paulo, 17 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.guiatrabalhista.com.br/noticias/monitoramentodee-mail.htm>> Acesso em 27 abr. 11.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5.ed. São Paulo: LTr, 2006.

E-MAIL comemora 30 anos de idade. Folha On line, São Paulo, 2 de outubro de 2001. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u8122.shtml>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

E-MAIL. Wikipédia: a enciclopédia livre. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/E-mail>>. Acesso em: 10 abr. 2011.

FIGUEIRÔA JUNIOR, Narciso. *O uso de e-mail no ambiente de trabalho*. Setcesp, São Paulo, ano 2, n. 21, 27 jun. 2005. Disponível em: <http://www.setcesp.org.br/informativo_juridico/Informativo_juridico_21.pdf>. Acesso em 14 abr. 2011.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GUIMARÃES, Andréa Letícia Carvalho. *O Controle do E-mail do Empregado pelo Empregador: Violação de Direitos Fundamentais?* Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/viewFile/5338/5925>>. Acesso em: 27 abr. 2011.

KARASINSKI, Eduardo. *A história do email*. 21 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.baixaki.com.br/info/2763-a-historia-do-email.htm>>. Acesso em: 4 abr. 2011.

MALTINTI, Juliana de Camargo; MALTINTI, Luciana de Camargo. *O Monitoramento do Correio Eletrônico nas Relações de Trabalho*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3387.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 11.

MANTOVANI JUNIOR, Laert; SILVA, Leda Maria Messias da. *O Direito à Intimidade do Empregado e a Possibilidade do Monitoramento de E-mails por Parte do Empregador*. São Paulo, Revista LTr. Vol. 73, n. 07, p. 820, jul. 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 23ª ed., São Paulo: Atlas, 2007.

MELO, Bruno Herrlein Correia de. *Aspectos jurídicos da fiscalização do correio eletrônico no ambiente de trabalho*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 973, 1 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8014>>. Acesso em: 4 jun. 2011.

MELO, Bruno Herrlein Correia de. *Fiscalização do correio eletrônico no ambiente de trabalho*. Campinas: Servanda, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 165.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 21ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 34ª Ed. São Paulo: Ltr, 2009.

OLIVEIRA, Euler Sinoir de. *A Inconstitucionalidade da Violação de E-mail do Empregado pelo Empregador*. Brasília, Jornal Trabalhista Consulex, nº 1082, 22 de agosto de 2005. p. 4-8. Disponível em: < <http://www.foreense.com.br/artigos/autor/euler/email.htm> >. Acesso em 27 abr. 2011.

PAIVA, Mário Antonio Lobato de. *O Monitoramento do Correio Eletrônico no Ambiente de Trabalho*. Brasília, Revista CEJ, n. 19, p. 24-39, out./dez. 2002. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero19/artigo4.pdf>>. Acesso em: 30 mai 2011.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 243-245.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Leda Maria Messias da. *Poder diretivo do empregador, emprego decente e direitos da personalidade*. Revista Jurídica Cesumar, Maringá, v. 6, n. 1, 2006. Disponível em: <<http://www.cesumar.br>>. Acesso em: 03 abr. 2011.

SOUZA, Maria Rosilene de Menêzes. *A Intimidade do Empregado e o Poder Diretivo do Empregador*. 23 de janeiro de 2008. Disponível em: <<http://www.abraao.com/backup/artigos1/mostra.php?id=4>>. Acesso em: 8 mai. 2011.

SOUZA, Mauro César Martins de. *E-mail na Relação de Emprego: Poder Diretivo do Empregador e Privacidade do Empregado*. Disponível em: <<http://www.kplus.com.br/materia.asp?co=46&rv=Direito>>. Acesso em: 11 fev. 2011.

VERÍSSIMO, Dijonilson Paulo Amaral. *Princípio da Inviolabilidade do Sigilo das Comunicações*: o disposto no inciso XII, do artigo 5º da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.mp.rn.gov.br/bibliotecapgj/artigos/artigo17.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2011.

Reflexões sobre a incorporação de sociedade, sucessão de empresas e solidariedade.

João Batista dos Santos

INCORPORAÇÃO DE SOCIEDADE (Direito Comercial). Operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outro, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações, na forma da Lei nº. 6.404, de 1976, artigo 227.

SUCESSÃO DE EMPRESAS, na forma dos artigos 10 e 448, da Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto Lei nº. 5.452, de 1º. de maio de 1943.

AQUISIÇÃO DE EMPRESA pertencente a grupo econômico; responsabilidade solidária do sucessor por débitos trabalhistas de empresas não adquiridas, de conformidade com o parágrafo 2º, do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943.

Embora os institutos citados sejam antigos, a verdade é que, só aparentemente, posto que ainda nos dias atuais, se constata presentes a incorporação de empresa e se discute juridicamente a responsabilidade solidária do sucessor por débitos trabalhistas de empresa de um determinado grupo, mesmo que inexistia a aquisição de todo complexo da vendedora, o que evidencia em vigor o conceito desses institutos; como se passa a demonstrar.

I

A incorporação de Sociedade, inserida no Direito, Lei nº 6.404, de 1976, de aplicação à Consolidação das Leis do Trabalho, em face do que dispõe o artigo 769, consolidado que nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, daí que inexistindo tal instituto na legislação trabalhista, de aplicar-se em sede de Justiça Laboral essa incorporação vem acontecendo normalmente.

E tanto isso é verdade, que o signatário juntamente com o professor Luciano Viveiros por ocasião da CLT – Prática, comentários artigo por artigo, 5ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, atualizada até 22-02-2011, enfatizaram esse tema em *Nota dos Autores*, falando sobre a legislação trabalhista do Brasil até os dias de hoje.

“Na década de 30 o Brasil vivia uma relação trabalhista delicada, administrando conflitos entre o capital e o trabalho”.

“Nessa época, o Brasil era um país agrário que vivificava as primeiras indústrias, sem tendência a priorizar a inteligência humana. Tudo era realizado de forma braçal; os músculos eram a bússola do desenvolvimento econômico e social.

As jornadas contabilizavam dezesseis horas por dia; não havia proteção ao trabalho da mulher e o menos laborava em atividades precárias; as condições eram insalubres, a remuneração vil: trabalho em troca de casa e comida.

Enfim, a patente continuidade de um regime escravista restou provocando o posicionamento político de Getúlio Vargas, que reuniu conceituados juristas da época e, juntamente com servidores públicos comprometidos com causas trabalhistas (Segadas Vianna, Dorval Lacerda, Rego Monteiro, Arnaldo Süssekind e Oscar Saraiva), elaboraram um projeto audacioso que consolidou, definitivamente, a legislação do trabalho no Brasil.

Assim, inspirada pela defesa do *minus valido* ao “criar desigualdades para os desiguais”, surgiu uma legislação que intencionava proteger o hipossuficiente diante da exploração do “algoz” empregador, então chamado por todos de patrão.

Hoje, no terceiro milênio, em qualquer lugar, ligados via internet ao *notebook* ou ao celular, acessamos todo o planeta Terra, girando ao seu redor, assistimos à iminente extinção de várias profissões (bancários sendo substituídos por caixas eletrônicos; e metalúrgicos, pela robótica) e ao surgimento de outras (programadores de *software* e *webmasters*) atividades de natureza virtual e espiritual.

Sob esse prisma, vimo-nos convocados a estudar e, porque não, revitalizar os conceitos apresentados pela CLT.

Côncios de atender não só os profissionais de direito, senão também esclarecer dúvidas de estudantes e demais interessados nas relações de trabalho, perfilhamos uma lei que não comungava com a existência do “teletrabalho” e em que ainda não havia sido apresentada a informática. De posse de um capítulo sobre os saudosos operadores cinematográficos, recordando a famosa película “Cinema Paradiso”, de Giuseppe Tornatore, a CLT excluiu inocentemente a comunicação das suas hostas, mesmo sabendo que o mundo pararia se ausente no nosso dia a dia.

Não seria contraditório imaginar que as obras de Júlio Verne ou de Charles Chaplin pudessem servir de presságios para que a *mens legislatoris* trabalhista se preparasse melhor para o futuro e, diante dessa realidade, escrevesse uma CLT mais moderna que atendesse aos proclamos do século XXI.

Questionamos o leitor: sinceramente, você acha que adiantaria alguma coisa?

Por teimosos, escrevemos uma CLT PR para atender às necessidades atuais de advogados, magistrados, estagiários, estudantes, sindicalistas, empresários, trabalhadores, candidatos ao exame da ordem e a concursos

públicos em geral, bem como de todos os técnicos em relações de trabalho que nos questionam nas salas de aulas ou corredores forenses.

Para tanto, vislumbramos satisfazer todos os interesses ao debruçarmos sobre o Texto Consolidado, esmiuçando as dúvidas mais simples ou complexas que nossa rotina exige para, depois, tratar as diversas indagações que pululam na lei, como se estivéssemos conversando com os legisladores, tornando a obra interativa e dinâmica.

Mesmo que pareça paradoxal, temos a absoluta certeza de que esta obra não vai durar muito tempo na sua estante, pois o Brasil do futuro está se despedindo desta vetusta era para assimilar os efeitos da globalização, antenando-se aos novos processos de produção que, conseqüentemente, regularão uma relação muito mais moderna entre empregados e empregadores ao pautar-se pelo sistema de parceria. Lógico, a conscientização passará pelo entendimento de que o capital não vive sem o trabalho, nem este sem aquele.

E, se estamos no mesmo barco, não haverá nenhuma lei que possa criar divisões ou colocar-nos em lados opostos. Talvez poucas regras sejam o suficiente para melhor arbitrar uma partida em que os pseudoadversários, verdadeiramente sócios (capital X trabalho), estejam diante de outro projeto muito mais audacioso que aquele de Vargas, em 1943. agora, sem dúvida, encontramos-nos perante a solução para o surgimento de um grande país, e, juntos, vamos escrever outra página da história que ensejará o surgimento de novo “contrato civil de trabalho”, capaz de vencer adversidades e dificuldades arraigadas em suas idiossincrasias escravagistas ou mercadológicas e, pacificamente, conquistar espaços e superar crises para recepcionar grandes negócios em um mercado mundial cada vez mais competitivo.

Finalmente, no futuro, estes autores se transmudarão perante o neologismo “civil trabalhista” para redigir comentários sobre os contratos de sociedade que empregados e empregadores vão firmar, sempre protegidos por um interesse comum e unívoco que contemple a construção de um país mais justo, solidário e, principalmente, produtivo e moderno”.

II

A **sucessão de empresas ocorre** quando o sucessor se responsabiliza, do ponto de vista legal, pelos encargos, pelos direitos e obrigações do sucedido à luz dos dispositivos constantes da Consolidação das Leis do Trabalho, como será explicado a seguir, de forma simples, precisamente nos artigos 10 e 448, consolidado.

III

A responsabilidade solidária, pela aquisição de uma empresa do mesmo grupo econômico, evidencia esse laço com o comprador, mesmo que a compra ocorra apenas com uma das empresas do grupo vendedor, tendo como respaldo o parágrafo 2º, do artigo 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, para os efeitos da relação de emprego, mesmo que a personalidade jurídica seja própria.

IV

Como se sabe, a **incorporação de sociedade** é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede com todos os seus direitos e obrigações, na forma da Lei 6404, de 1976, artigo 227, estando no mesmo patamar de sucessão de empresas, em sede trabalhista, na mesma conceituação, àquela que se encontra no Decreto Lei nº. 5452, de 1 de maio de 1943, artigos 10 e 448.

Na sucessão de empresas, o sucessor assume a responsabilidade pelos encargos do sucedido, à luz dos artigos 10 e 448, da Consolidação das Leis do Trabalho, pela continuidade da prestação de serviços pelo empregado, posto que a caracterização da sucessão é ditada em razão da empresa, em face do princípio da despersonalização do empregador, tese essa robustecida pela convicção ditada pelo art. 2º. da Consolidação das Leis do Trabalho, respeitando a empregadora, a empresa e os direitos do trabalhador empregado.

Nessa linha de raciocínio, mesmo para os contratos de trabalho alhures desfeitos pelo antigo empregador, desconhecido pelo novo proprietário, considera-se responsável pelas obrigações devidas, o sucessor, o novo proprietário, eis que se sub-rogou em todos os direitos e obrigações do antigo empregador, como consequência lógica da havenca, inclusive pelos débitos inadimplidos, até mesmo antes da transferência da unidade produtiva ou comercial.

Por conseguinte, é regra principal quanto à sucessão trabalhista a incorporação de sociedade e solidariedade que o novo proprietário, o recém adquirente do negócio, da empresa, ao assumir verdadeiramente os direitos e obrigações daí decorrentes, até então a cargo da empresa sucedida, na forma do que preceituam os artigos 10 e 448, ambos da Consolidação das Leis do Trabalho, cumpra integralmente o contrato de trabalho do empregado e demais encargos da empresa adquirida.

Esse fundamento legal tem como respaldo o conceito contido no diploma consolidado, que pode-se dizer que é o pilar dos direitos trabalhistas.

"A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados";

Decerto que as interpretações terminológicas sobre esse tema, na sua inteireza, placita o princípio protetor que, no limite do contido nos artigos referidos, segue correntes mais

modernas de interpretação, como exposta pelo ilustre Ministro Maurício Godinho Delgado, acerca do tema:

“Pode-se afirmar que o Direito do Trabalho, como regra geral, não preserva, em princípio, qualquer responsabilidade (solidária ou subsidiária) do alienante pelos créditos trabalhistas relativos ao período anterior à transferência. Essa é a regra geral, que resulta da consumação plena dos efeitos da figura sucessória: o sucessor assume, na integralidade, o papel de empregador, respondendo por toda a história do contrato de trabalho.

Contudo, a jurisprudência também tem inferido do texto genérico e impreciso dos arts. 10 e 448 da CLT a existência de responsabilidade subsidiária do antigo empregador pelos valores resultantes dos respectivos contratos de trabalho, desde que a modificação ou transferência empresariais tenham sido aptas a afetar (arts. 10 e 448) os contratos de trabalho. Ou seja, as situações de sucessão trabalhista propiciadoras de um comprometimento das garantias empresariais deferidas aos contratos de trabalho seriam, sim, aptas a provocar a incidência da responsabilização subsidiária da empresa sucedida”, *in curso de Direito do Trabalho* 9ª edição, pág. 407, LTR.

E, no mesmo sentido, o saudoso Délio Maranhão, estudando a questão sucessória no âmbito trabalhista, ensinou:

“(...) impõe ressaltar que o respeito à dignidade da pessoa humana do trabalhador, que informa o próprio direito do trabalho, insurge-se contra a idéia de ser ele cedido, como engrenagem de máquina, juntamente com a cessão de coisas singulares. Não se admite que, sob novo color, se reedite a figura medieval do sevo de gleba” (Süssekind, A. et al, *Instituições de Direito do Trabalho*, v I, SP: LTr, 16ª ed. 1996, p. 302).

CONCLUSÃO

Em conclusão, de dizer-se que a legislação trabalhista, com efeito, vem acompanhando as interpretações dadas ao tema da incorporação de sociedade, da sucessão e da solidariedade de empresa, atenta sempre ao princípio protetor do operário, parte mais fraca no contrato de trabalho, daí que uma vez concretizada essa incorporação ou sucessão, a nova entidade há de assumir o compromisso de pagar os débitos havidos com o antigo empregador, na forma dos artigos constantes da Lei nº. 6404/1976, da Consolidação das Leis do Trabalho.

***Advogado especializado em Direito do Trabalho na Cidade do Rio de Janeiro**

Doutrina

Os Contratos relacionais e o dever de informação como cláusula de proteção no código de defesa do consumidor

Paulo Brasil Dill Soares*

Sumário: Introdução. 1. A nova sociedade de massa e os contratos relacionais. 1.1. O Dever de informação como padrão de comportamento e a violação das falhas de mercado. 1.2. Os custos ocultos e sua repercussão jurídica. 1.3. O dever de informação e sua dinâmica de procedimento. 2. Da teoria da racionalidade limitada e as falhas do mercado. 2.1. Os aspectos legais do dever de informação: a proteção no código de proteção e defesa do consumidor. 2.2. O dever de informação: cláusula norteadora no Código de Defesa do Consumidor. 3. A informação como direito fundamental do consumidor. 3.1. Inserção constitucional do direito à informação. 3.2. Direito à informação. 3.3. Requisitos do dever de informar. 4. Os limites objetivos do dever de informar nas relações de consumo. Considerações Finais. Bibliografia básica consultada

Introdução

O direito contratual era regido pelo princípio da autonomia da vontade e durante séculos balizou as relações privadas. Porém, deu lugar para valores sociais em detrimento dos individuais quando da publicização do direito civil. A doutrina e a jurisprudência reclamavam a positivação do princípio da *bonae fides*. O princípio da autonomia da vontade não foi abandonado, assim como a liberdade de contratar ou não, mas deve ser visto sob um enfoque material abandonando a compreensão formal do instituto. Ocorreu uma reestruturação nas cláusulas negociais retirando a aplicabilidade e a eficácia do princípio da autonomia de vontade, limitando as condições gerais de negócios ou retirando a superioridade de um dos contraentes, a partir da ascensão do princípio da boa-fé, para a solução dos interesses negociais colidentes.

Os deveres de cooperação, conforme o paradigma da boa-fé objetiva, estão presentes nas normas referentes às práticas comerciais e cláusulas consideradas abusivas (arts. 39, 40, 51,

52, 53 e 54 do CDC). O princípio da boa-fé deve evitar inviabilizar ou dificultar a atuação do outro contratante, quando este tenta cumprir suas obrigações contratuais. Neste dever de lealdade, de cooperação, reflete-se também na redação dos contratos, a qual é executada de maneira unilateral e prévia pelo fornecedor. O fornecedor está autorizado a utilizar o método da contratação em massa, através contratos de adesão, e a imposição de condições gerais, mas deve redigir estes textos forma clara e precisa, destacando as cláusulas que limitem ou excluam direitos do consumidor.

O ordenamento jurídico impõe, através do Código de Defesa do Consumidor, limites para a publicidade veiculada para atingir o mercado de consumo. A relevância da regulação da publicidade pela lei do consumo é estabelecer o ponto de ligação entre a vinculação jurídica e a publicidade veiculada pelo fornecedor de produtos e/ou serviços. A obrigação encontra-se vinculada pela atuação própria ou por expressa determinação do ordenamento jurídico. Nas relações de consumo, a publicidade¹ é tratada como prática comercial de *marketing*, um mecanismo para incitar a prática de consumo aplicada pelo fornecedor de produtos ou serviços.

O presente artigo objetiva analisar a teoria dos contratos relacionais e as soluções neoclássicas de engessamento dos pactos prevendo cláusulas indeterminadas através de um modelo aberto de contrato e as repercussões para as relações de consumo. Examinaremos o direito à informação em contraponto ao direito de comunicação, a partir da visão do direito à liberdade de expressão enquanto garantia constitucional a ser protegida pelo Estado. Estudaremos o dever de informação durante o período de contratação como fonte de obrigação do fornecedor na continuidade do negócio firmado. Para tanto, utilizaremos como metodologia a revisão de literatura, a análise de fontes legislativas constitucionais e infraconstitucionais e o estudo de decisões jurisprudenciais sobre o tema.

¹ Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (2010, p. 170) vários conceitos de publicidade, entre eles os de Carlos Ferreira de Almeida, que entende: "Publicidade é toda a informação dirigida ao público com o objetivo de promover, direta ou indiretamente, uma atividade econômica" e o conceito de Dorothy Cohen: "publicidade é uma atividade comercial controlada, que utiliza técnicas criativas para desenhar comunicações identificáveis e persuasivas nos meios de comunicação de massa, a fim de desenvolver a demanda de um produto e criar uma imagem da empresa em harmonia com a realização de seus objetivos, a satisfação dos gostos dos consumidores e o desenvolvimento do bem-estar social e econômico". Segundo Benjamin o elemento material da publicidade é a difusão, seu meio de expressão, e seu elemento finalístico é a informação, no sentido que é informando que o anunciante atinge o consumidor, mesmo quando se estas diante de técnicas como o "nonsense".

1. A nova sociedade de massa e os contratos relacionais

A sociedade de massa gera uma rotatividade cada vez maior em relação ao fornecimento de serviços, por intermédio de negócios descontínuos, devendo ser considerado de importância secular para o direito, principalmente no que se refere ao direito à informação.

A moderna dinâmica de transações consumeristas estabelecem contratos de natureza contínua e estável prevendo prazos de trocas abertos. Outro perfil destacado é a substituição de regras materiais por princípios constitucionais ou, ainda, por cláusulas de regulamentação do procedimento de retomada das negociações, podendo versar sobre relações promissórias ou não promissórias, por intermédio do padrão instituído pelo ordenamento jurídico de confiança e de dependência econômica. Na atualidade, os contratos de planos de saúde e bancários seguem modelos padronizados, também chamados de “contratos de gaveta” geralmente com termo de validade contínuo e duradouro.

Os negócios relacionais e os contratos descontínuos apresentam como pontos diferenciadores: preço, qualidade, quantidade, momento e local de entrega; por outro lado, os negócios descontínuos, possuem natureza constante, não apresentando uma mutabilidade adequada aos novos fatores sócioeconômicos. Enfim, os contratos relacionais são contratos mais flexíveis e possibilitam a revisão de suas cláusulas, devido à ausência de complexidade das situações que serão estabelecidas pelos mesmos contratos. Outro fator preponderante a ser considerado como perfil diferenciador é a mutabilidade dos produtos e serviços, ocasionando ajustes promovidos visando manter a situação equilibrada entre os contraentes.

As soluções neoclássicas de engessamento dos contratos prevendo cláusulas indeterminadas, através de um modelo aberto de contrato, definem regras, mesmos tendo um caráter aberto quanto aos reajustes contratuais. Devemos destacar a possibilidade da fixação de um padrão de comportamento objetivo, visando uma reestruturação da formalização dada pela teoria neoclássica, que se demonstra inoperante e insuficiente devido ao aumento e a variação dos termos dos negócios jurídicos.

Por derradeiro, as relações pré-negociais e até mesmo o próprio contrato reassumem um papel de moldar-se a dinâmica social e, por sua vez, procedimental, possuindo como valores a razoabilidade, a lealdade, a confiança, a cooperação e a justiça nas relações contratuais e em sua fase anterior.

1.1. O Dever de informação como padrão de comportamento e a violação das falhas de mercado

Modernamente, a doutrina tem chamado a atenção para um ponto importante nas relações de consumo, ou seja: as falhas do mercado e suas correções. Essas práticas se constituem em mais um meio de proteção e defesa dos interesses dos consumidores vulneráveis (SUNDFELD, 1999, p. 309). O argumento dos defensores das correções do mercado de consumo é simples, sendo visto sob o prisma de que o bom funcionamento poderá gerar vantagens àqueles que se encontram no mercado de consumo, com melhores preços, qualidade de produtos e serviços. Há um consenso daqueles que defendem o consumismo quando afirmam que as falhas do mercado fazem parte de um mecanismo para a correção desse mesmo mercado e para a defesa do consumidor. Iam Ramsey (1989, p. 36) aponta seis espécies fundamentais de falhas encontradas no mercado de consumo, a saber: a) a falta de competição, devido o monopólio ou o oligopólio; b) a existência de barreiras alfandegárias; c) as diferenças qualitativas dos produtos inseridos no mercado de consumo, isto é, ausência de homogeneidade de produto; d) as omissões ou as lacunas de informações entre os negociantes, sendo questionada a reputação do comerciante; e) os custos da transação, *transaction costs*, que incluem os custos da procura e da informação sobre o serviço; e, f) os custos da negociação e da decisão de consumir; o custo da fiscalização, monitoramento, garantia e implementação da legalidade das práticas de consumo (WILLIAMSOM, 1985, p. 68-72).

É fácil perceber que grande parte das contendas no mercado de consumo resulta da omissão, da ausência ou da obscuridade nas informações contratuais. Ghestin observa que (*apud*, STIGLITZ, s.d., p. 278):

“La obligación de información, en este caso, queda instalada en etapa de tratativas y tiene por objeto que el informado transmita al eventual cocontratante lo que sabe y formule las aclaraciones que sean menester para evitar un consentimiento viciado.

Favorecen el conocimiento sobre si el contrato, de concluirse, se adaptaría a las necesidades expuestas por el desinformado. Efecto esencial de lo expuesto precedentemente es el tema referido abicado en el ámbito de los vicios del consentimiento y la consiguiente nulidad del acto a si el deudor conocía o debía conocer la relevancia ,esencial, que el acreedor atribuía a la información omitida. Lo expresado supone necesariamente que el obligado conocia que su maniobra omisiva era apta para influir favorablemente en el acreedor para obtener su consentimiento. Como se repara, el dolo o el error fundados en la inejecución de la obligación de informar, constituyen vicios del consentimiento”.

Consideramos que a solução para os problemas de falhas no mercado de consumo se resolveria através do fenômeno da agenficação, visando proteger e defender o hipossuficiente. É claro que não se pode esquecer de um processo contemporâneo que passa todos os países: a globalização; por meio da livre circulação do capital através das instituições jurídicas, que sempre existiu por conta da interação intelectual, em uma feição obrigatória. Para tanto, a adequação ao novo contexto econômico deverá e está sendo feita por cada Estado a partir de suas problemáticas sócio-econômicas e adaptando aos seus modelos jurídicos. As privatizações, conjuntamente com a globalização fornecem os pressupostos ensejadores para uma nova contextualização: a regulação. Vital Moreira preleciona que (1997, p. 19):

“Hoje as economias são irreversivelmente mistas. Mistas desde logo quanto à propriedade dos meios de produção, pesem embora os movimentos de privatização mais ou menos radicais: e mistas, sobretudo quanto aos seus mecanismos de regulação, conjugando o mercado, a regulação pública e a auto-regulação profissional”.

Aplicando nesse caso, as medidas impeditivas, em face da publicidade enganosa e abusiva, que devem ser somadas aos deveres de informações adequadas sobre produtos e serviços prestados aos consumidores.

1.2. Os custos ocultos e sua repercussão jurídica

Os negócios de consumo são permeados por um fator que deve ser destacado, são os chamados custos ocultos, principalmente no que se refere aos pré-contratos, e também, os contratos de saúde. Ensina Ramsey que o núcleo do problema quando se fala de custos ocultos encontra-se na impropriedade da própria expressão, pois na verdade a manipulação do produto ou serviço não é suficiente para demonstrar nitidamente os seus danos ou deficiências resultantes da utilização¹.

¹ Para ilustrarmos o que foi explicitado pelo autor iremos examinar a questão da instalação de isolamento térmico em residência particular, quando pode ser difícil detectar economias na conta de energia elétrica ou saber se as deficiências de desempenho podem ser atribuídas ao isolamento térmico da instalação, constituem-se em modelo de ilustração. De maneira similar, se o consumidor compra comida saudável ou vitaminas sem informação nutricional, pode ser difícil saber se a compra do Produto está associada a mudanças em sua saúde. Outros casos ilustrativos são as propriedades cancínoras de produtos alimentícios, remédios ou cosméticos, e os custos de utilização de tais produtos podem se tornar aparentes somente após anos de uso, ocasião em que será difícil atribuí-lo ao uso particular é produto ou marca.

Quando se trata da questão de custos ocultos encontra-se um fator que gera a dificuldade na formação do juízo de avaliação do consumidor, que é o problema do diagnóstico e do tratamento da falta de informação sobre tais itens ou fornecer produtos superiores, aos que deveriam ser fornecidos pela outra parte. É considerável a situação na qual o consumidor, devido a carência de conhecimentos técnicos, pode ter dificuldade para julgar a qualidade do diagnóstico, a qualidade do tratamento e se os serviços são necessários, sendo dispendioso para os consumidores procurarem um outro fornecedor para aferir os riscos potenciais do produto e/ou serviço e optarem em não obtê-la. Outro fator relevante é a má-fé do fornecedor em ocultar a informação ao consumidor, sendo possível a omissão sobre os riscos do investimento (RAMSEY, 1989, p. 43-44). Os efeitos da manipulação distorciada do mercado de consumo são refletidos nas falhas na veiculação de informações sobre o mercado de consumo.

1.3. O dever de informação e sua dinâmica de procedimento

É notória a posição de vulnerabilidade do consumidor nas relações de consumo, destacadamente no que tange aos custos exorbitantes para o processamento da informação. Tendo em vista, esses altos gastos para colocar a disposição do consumidor a adequada, suficiente e correta informação sobre a quantidade, qualidade, a natureza e a efetividade de produto ou serviço, a melhor solução encontrada seria a padronização dessas informações, com a emissão de certificados de qualidade, bem como o registro de autorização e licença para funcionamento pelos órgãos de fiscalização e controle.

Se o custo da informação é demasiadamente alto, existe um grupo em especial que o direito à informação se torna mais oneroso, qual seja, aqueles que em relação a sua condição físico-econômica tornam essa obrigação ainda mais cara. Sendo aplicada a idéia da normalização e da padronização da informação considerando essa deficiência do consumidor, estaremos contornando essa dificuldade, em proveito do consumidor.

2. Da teoria da racionalidade limitada e as falhas do mercado.

A teoria da racionalidade limitada ou *bounded rationality* foi cogitada visando justamente à identificação das falhas de mercado, reconhecendo que os consumidores não estão aptos a receber, armazenar e processar um grande volume de informações, diante a dinâmica de transações consumeristas e suas complexidades busca-se, então, a simplificação da questão e a aplicação de alternativas limitadas para aquela hipótese específica.

As negociações que envolvem transações vultosas e prolongadas, serão adjetivadas como complexas, envolvendo compromissos de crédito, contratos de serviço, garantias, assistência técnica prolongada, etc., em regra geral, são caracterizadas pela insuficiência de informações e de tempo hábil para o processamento dessa lógica de funcionamento da tratativa, sendo improvável que os consumidores tenham tempo para estarem aptos a prever, a planejar todas as possíveis contingências futuras. Essa contingência de negociações e a impossibilidade de processar todas as informações pelo consumidor, que por vezes são passadas de modo insuficiente ou impreciso marcam como elemento dinâmico dos negócios contemporâneos, em especial dos contratos relacionais de consumo.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor não prevê instrumentos eficazes para coibir a prática comum do mercado de consumo com os efeitos da racionalidade limitada. Principalmente, na disciplina dos negócios relacionais, que geram um número maior de informações que devem ser condensadas pelo consumidor durante as tratativas, sendo cada vez mais constantes a criação e o estímulo de canais de participação na gestão e fornecimento do serviço ou produto.

2.1. Os aspectos legais do dever de informação: a proteção no código de proteção e defesa do consumidor

O Código do Consumidor regula o dever de informação, exigindo que ela seja clara, precisa e adequada para a realização das tratativas consumerista¹. O disposto no art. 31 do CDC é o fundamento infraconstitucional sobre a oferta e apresentação de produtos e/ou serviços, positivando a obrigação do fornecedor de ofertar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam a saúde e segurança dos consumidores². A publicidade³

¹ O art. 6.º, III, do C.D.C. estabelece que são direitos básicos do consumidor: *"III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem"*.

² BITTAR (1981, p. 88) considera que "(...) o fenômeno publicidade interessa ao direito sob múltiplos aspectos, em função do extraordinário alcance de sua ação e da gama de valores com que interfere e por que se espraia".

³ O Comitê de Definições da American Association of Advertising Agencies conceitua publicidade como: "(...) é qualquer forma paga de apresentação impessoal e promoção tanto de idéias, como de bens ou serviços, por um patrocinador identificado".

também foi regulada no diploma de consumo encontra sua matriz nos arts. 36 e 37¹. No direito comparado, o dever de informação possui como limites (STIGLITZ, s.d., p. 140):

“El conocimiento de la información por quien alega la reticencia, suprime La obligación de informar. En consecuencia, el conocimiento suficiente por parte del acreedor a la información, constituye un limite inherente a la obligación de informar e inhabilita su reproche contra el cocontratante por no haberlo informado.

Resulta del conocimiento que dispone el acreedor a la información o de sus posibilidades de conocer apreciando esto último con un criterio concreto en consideración a sus aptitudes y posibliidades.

Desde un punto de vista de los vicios del consentimiento el error de hecho que, en los dominios de los vicios ocultos, no es factible que los invoque el adquirente que los conocia o debia conocerlos por su profesión o oficio, art. 2170 (CC).

En consecuencia, la ignorancia inexcusable del acreedor a la información, la que resulta de su deber de informarse, señala el limite a la que se halla sometida la obligación precontractual de informar a cargo del deudor”.

A publicidade enganosa ou abusiva encontra sua regulação no art. 37 do referido diploma, sendo proibida a informação falsa no todo ou em parte, ou aquela que omita um dado que leve o consumidor a erro; ou, ainda, aquela que seja discriminatória de qualquer natureza, ou incite a violência, explore o medo ou a superstição, aproveitando-se do defeito de julgamento do consumidor, dentre outros valores protegidos pelo diploma². Como assevera Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (2010, p. 45):

“O Código não se limitou ao regramento das relações contratuais de consumo. A proteção do consumidor tem início em momento anterior ao da realização do contrato de consumo. O legislador reconheceu, então, que a relação de consumo não é apenas contratual. Ela surge, igualmente, através das técnicas de estimulação do consumo, quando, de fato, ainda sequer se pode falar em verdadeiro consumo, e sim em expectativa de consumo. A publicidade, portanto, como a mais importante dessas técnicas, recebeu especial atenção do Código”.

2.2. O dever de informação: cláusula norteadora no Código de Defesa do Consumidor

¹ “Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal. Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem”.

² Dentre eles merece particular destaque o art. 66 que estabelece que: “Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços: Pena - Detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa”.

Nas relações de consumo que não seja dada à oportunidade do consumidor previamente conhecer o conteúdo das tratativas, e, quando o contrato é redigido dificultando a interpretação do consumidor, não o obriga, pois se trata de uma informação enganosa, abusiva e inadequada, com base no artigo 46 e 48 do Código de Defesa do Consumidor. Salaria Cláudia Lima Marques (1998, p. 45):

“A finalidade da norma foi de assegurar a informação ao consumidor, ou, como estamos querendo frisar, a transparência necessária nas relações de consumo. Tenta, desta maneira evitar o fornecedor utilize a sua superioridade econômica e mesmo técnica Departamentos Jurídicos ou Consultorias especializadas, para confundir o consumidor e impor a ele obrigações que se tivesse compreendido o sentido do texto. Não teria assumido”.

Considera-se por força do disposto no art. 20, § 2º, do Código de Defesa e Proteção do Consumidor¹ que os serviços serão impróprios para o consumo quando frustrarem a expectativa razoável e legítima que o hipossuficiente possui sobre o mesmo serviço que sobre eles tem o consumidor. Os valores protegidos pelo Código do Consumidor não atingem apenas aqueles produtos que diretamente afetem a saúde ou incolumidade física do consumidor, mas, também, todo serviço e/ou produto que leve ao hipossuficiente a decidir de modo prejudicial nos atos de consumo. Portanto, considera-se adequada toda a informação que seja correta, veraz, clara e suficiente para o consumidor, determinando no mesmo a capacidade de perceber os riscos explícitos e implícitos no negócio assumido. É certo que o produto e/ou serviço não pode exceder o limite dos riscos esperados, havendo uma proporcionalidade entre a informação ofertada e o grau de segurança.

Ressalta-se que o dever de informação é obrigação durante a contratação, o resultado e posteriormente daquilo que se espera do produto e/ou serviço, obrigando ao fornecedor na continuidade do negócio firmado. No que tange aos contratos relacionais, a informação deve ser dada antes e durante o curso da prática da contratação e da renegociação, já que afeta a própria substância do contrato.

¹ “Art. 20 – O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir alternativamente e à sua escolha: (...)”

§ 2º - São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para o fim que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam às normas regulamentares de prestabilidade”.

O princípio da *pacta sunt servanda* no que aduz aos contratos de consumo foi mitigado pelo exposto no art. 6º do diploma de consumo¹, prevendo a revisão do negócio de consumo; alterando as cláusulas onerosas que causem um desequilíbrio nas relações, violando o princípio da boa-fé objetiva e acentuando a vulnerabilidade do consumidor.

A norma de consumo facilita a defesa dos direitos do consumidor, prevendo a inversão do ônus *probandi* quando em matéria processual civil o magistrado identificar a verossimilhança e a hipossuficiência da parte mais fraca, segundo as regras ordinárias de experiências, de acordo com art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor.

Por derradeiro, sabemos que a informação publicitária obriga o ofertante e integra o contrato. Tendo por base esse primado, os Tribunais brasileiros vêm entendendo que a publicidade faz parte da formação do negócio. A 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em decisão unânime entendeu que no contrato de compra e venda de imóvel, a propaganda inserida no mercado constava como garantia de financiamento para o comprador, com fulcro no art. 30 do Código de Defesa do Consumidor e no disposto pelo art. 1.080 do Código Civil; albergado pelo art. 427, do Código Civil de 2002.

Em outro julgado importante, o Egrégio Tribunal do Rio Grande do Sul, pelo voto do Desembargador Wilson Carlos Rodrigues, aduziu que o processo evolutivo por que passaram as relações de consumo. Principalmente, ao regular no Código de Defesa do Consumidor o art. 30, acentuando ser toda a informação ou a publicidade suficiente, precisa, clara e adequada, quando for veiculada por qualquer meio de comunicação obriga o fornecedor e integra o contrato que vier a ser celebrado. Entende o magistrado que o art. 30 soluciona os problemas do segmento do mercado, não constando mais como argumento o *dolus bonus* do comércio. O brocardo *caveat emptor* determina expressamente que o comprador tome a cautela devida para não sofrer a lesão².

¹ "Art. 6º. (...) V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas".

² Ementa: A publicidade, assim como quaisquer outras informações veiculadas, obrigam o ofertante e integram o contrato". EI 599.212.396 - 10.º Grupo Cível - TJRS - j. 28.05.1999 - redator para o acórdão Des. José Aquino Flores de Camargo.

3. A informação como direito fundamental do consumidor

3.1. Inserção constitucional do direito à informação

O direito brasileiro consagra o dever de prestar informação, sendo a matriz fundamental para o desenvolvimento dos tratos e acordos de consumo, mesmo diante da dinâmica contemporânea e da busca exacerbada pela lucratividade. O direito à informação é consagrado a partir da verificação de seu conteúdo ser adequado, suficiente e verdadeiro. A Assembléia Geral das Nações Unidas editou a Resolução 30/248, regulando em 16 de abril de 1985, o direito à informação e seu acesso como um direito fundamental do consumidor.

O direito à informação, está protegido na legislação infraconstitucional e também na norma constitucional com status de direito fundamental. Em consequência, o interesse particular dos contraentes é protegido na categoria de lei maior, sofrendo um processo de publicização do direito privado no que concerne o direito à informação, considerando-o como um bem indisponível na categoria econômica. Conforme Rubén S. Stiglitz (1992, 94):

“La Asamblea general de las Naciones Unidas con fecha de 16 de abril de 1985 sancionó la resolución 39/248 sobre Protección del consumidor. Entre Los principios generales se estableció que: Corresponde a los gobiernos. formular, fortalecer o mantener una política enérgica de protección de consumidor, teniendo en cuenta las directrices que figuran mas adelante. Al hacerlo, cada gobierno debe establecer sus propias prioridades para la protección de los consumidores, según las circunstancias económicas y sociales del país y las necesidades de su población y teniendo presentes los costos y los beneficios que entrañan las medidas que se propongan.

Las necesidades legítimas que las directrices procuran atender son las siguientes: El acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual”.

O direito consumerista é permeado pelo interesse público, este interesse não é norteado pela visão estatal, mas social (DINIZ, 2001, p. 15). Esse novo perfil do interesse público só é obtido porque as relações de consumo hoje são transindividuais, devido à constitucionalização do direito privado que leva ao intérprete a demonstração de uma exegese à luz dos princípios da Magna Carta de 1988. Ao decidir casos que produzirão seus efeitos não apenas nos litigantes diretamente envolvidos, mas sobre todos os que potencialmente, podem vir a serem vítimas de uma publicidade abusiva ou enganosa que viole o princípio da boa-fé objetiva, primando pelos ideais de justiça (PERELMAN, 1996, p. 74-76). O modelo constitucional hoje nos permite

examinar a incidência direta dos princípios da lei maior nas regras de consumo. Como considera Gustavo Tepedino (1994, p. 10-11):

“O constituinte, assim procedendo, não somente inseriu a tutela dos consumidores entre os direitos e garantias individuais, mas afirma que sua proteção deve ser feita do ponto de vista instrumental, ou seja, com a instrumentalização do seus interesses patrimoniais à tutela de sua dignidade e aos valores existenciais. (...) A proteção do consumidor, nesta perspectiva, deve ser estudada como momento particular e essencial de uma tutela mais ampla: aquela da personalidade humana (...). Os critérios interpretativos fixados pelo Código do Consumidor devem ser, assim, interpretados à luz dos princípios constitucionais acima referidos, bem como as normas do próprio Código Civil, quando residualmente incidentes, examinadas, entretanto, não mais sob a chave da leitura subjetivista, senão sob a ótica solidarista definida pelo constituinte”.

Com a dinâmica do Estado Social, o direito consumerista desenvolveu-se expandindo suas bases frente a nova concepção do mercado e da sociedade de massa. Outro fator preponderante que contribuiu para o processo de desenvolvimento das relações de consumo e sua devida tutela foi o modelo econômico globalizado, caracterizando um perfil estatal do mínimo interventivo nas atividades econômicas, destacadamente nas relações de consumo. Os modelos estatais do século XX, que não inseriram em seus postulados econômicos um conjunto de medidas neoliberais, adotando bases interventoras na economia em prol da justiça social, trouxeram óbices na lógica de funcionamento da hegemonia do mercado global, tornando-se o grande pólo de discussões das últimas décadas. O processo de reestruturação político-jurídico que passam os países, se dá pelo fracasso de uma ação protecionista do Estado, tutelando a economia e tentando gerenciar os demais setores privados. A tendência de publicização da esfera privada é uma lembrança remota do passado. Na atual conjuntura, o Estado brasileiro abandonou o fenômeno de planificação, com a nova dialética do capitalismo, representada pelo enxugamento da máquina estatal de funções que podem ser desempenhadas tipicamente por particulares e a manutenção dos serviços essenciais prestados ao povo pelo próprio Estado.

A figura do Estado, ao longo da História, possui indicativos de regulação naquelas atividades que não eram desenvolvidas pela máquina estatal, em prol do interesse público, prevalecendo as decisões estatais, a partir de um debate democrático, pluralista e transparente. No que tange ao direito constitucional brasileiro, a pedra angular determinada pela Carta Maior de 1988, define uma reestruturação do modelo econômico, traçando uma linha de ação interventiva e regulatória na ordem econômica. A partir desse panorama foram criadas com base no modelo norte-americano as atuais agências reguladoras. Não se pode ouvir do processo contemporâneo pelo qual passam todos os países, representada pela globalização, manifestado por meio da livre circulação do capital através das instituições jurídicas, por conta

da interação intelectual em uma feição obrigatória. A adequação ao novo contexto econômico deverá ser feita por cada Estado, a partir de suas problemáticas socioeconômicas local adaptada aos modelos jurídicos globais. A regulação decorre das privatizações conjuntamente com a globalização que fornecem os pressupostos ensejadores para uma nova contextualização. Vital Moreira (1997, p. 19) preleciona que:

“Hoje as economias são irreversivelmente mistas. Mistas desde logo quanto à propriedade dos meios de produção, pesem embora os movimentos de privatização mais ou menos radicais: e mistas, sobretudo quanto aos seus mecanismos de regulação, conjugando o mercado, a regulação pública e a auto-regulação profissional”.

Fernando Herren Aguillar (*apud*, GRAU, 1997, p. 173) sistematizou os mecanismos regulatórios disponíveis no sistema jurídico brasileiro, podendo haver concentração regulatória normativa e operacional. No primeiro caso, o Estado impõe através de normas jurídicas aos particulares certos comportamentos como condição do desempenho de uma atividade econômica. Em segundo lugar, a concentração regulatória operacional refere-se ao pólo estatal na relação, isto é, “a intensidade com que o Estado avoca a si a suas entidades a tarefa de desempenhar tarefas econômicas”.

Por fim, compete à agência reguladora a operacionalizar a regulação contida na norma jurídica criadora, através de suas atribuições que são outorgadas para a fiscalizar e aplicar as sanções quando da violação dos preceitos. Devem ainda, complementar as normas com regulamentos próprios, além de possuir a função de dirimir os conflitos.

A intervenção estatal através da regulação é percebida por meio dos poderes e ações do Estado, com o fim de controlar as atividades econômico-empresariais impondo-lhes atos de repressão quando das infrações a nova ordem econômica, bem como, quando do controle dos preços e tarifas que chegarão ao destinatário final, prevendo a admissão de novos agentes no mercado. Os monopólios e oligopólios são também combatidos em decorrência da correta aplicação das normas de natureza econômica. Como observa Conrado Hübner Mendes (p. 99-100), as novas correntes de reforma estatal trazem uma revisão das políticas administrativas, a ordem política passa a ser atingida por críticas de natureza jurídica, econômica e política, compreendendo:

“Está aí o duplo desafio do Direito Público contemporâneo: dispor de instrumentos jurídicos que controlem o exercício do poder político sem se deixar envolver pelas tentações ideológicas e retóricas que rotineiramente o rodeiam;

repensar a anatomia do poder político, estruturando-o sob novos paradigmas, para que possa fazer frente a um poder econômico transacional”.

A regulação não se limita em atuar junto aos agentes privados ou aqueles que lidam com a atividade econômica em sentido estrito, mas, também, na regulação daqueles que estão habilitados e operam no setor público. O poder normativo das agências inclui a atuação normativa do Estado, não significa usurpação das atribuições do Poder Legislativo, mas sim, uma viabilização da intervenção do Estado em garantia o cumprimento ou a realização de determinados valores de proteção.

A constitucionalidade da lei atributiva depende da fixação suficientes dos parâmetros, caso contrário, haveria delegação pura e simples da função legislativa. A Carta Magna de 1988, estabeleceu o princípio da reserva legal, sob pena da lei ou ato normativo estar eivado de vícios de inconstitucionalidade. Dessa forma, o poder regulatório do Estado interventivo gera nas relações de consumo a tutela do direito à informação, tal fato só é possível devido às regras de proteção que restringe a liberdade de mercado em benefício da proteção aos consumidores. A hipossuficiência e a vulnerabilidade dos consumidores, leva o intérprete a mitigar o princípio da autonomia de vontade para que possam as relações sócio-econômica de consumo serem equilibradas e isonômicas materialmente. O direito à informação é cláusula absoluta no direito consumerista para que a parte mais frágil economicamente tenha o direito de escolha, respeitando a dignidade e a autodeterminação frente a publicidade em uma economia de massa.

3.2. Direito à informação

A limitação do conteúdo dos direitos subjetivos dos indivíduos é trazida através das novas diretrizes sócio-econômicas pelo ponto central em que o Estado Social procura a responsabilização não apenas da sociedade, mas também do indivíduo, como elemento integralizador e gregário, objetivando o bem-estar social. A confrontação dos instrumentos reguladores do consumo e à realidade social, adverte Pietro Perlingieri (1997, p. 27) que:

“(...) uma nova legitimação do direito privado na consciência jurídica do estado social e a sua convivente sintonização com o direito social (ao lado da sua integração numa economia concorrencial concebida com princípio de funcionamento do mercado) passaram a construir a tarefa mais premente da jurisprudência e da dogmática civilísticas da atualidade”.

Aloísio Ferreira (1997, p. 94-95) menciona algumas modalidades de informação passíveis de tutela pela ordem constitucional-consumerista, sendo elas a oral, a escrita, a visual, a audiovisual, a jornalística, a publicitária ou a propaganda, a recreativa, a individual, a institucional, a popular, a coletiva ou a geral, a automatizada¹.

O direito à informação é limitado em contraponto ao direito de comunicação; aquele como uma cláusula fundamental, visando à liberdade de expressão, sendo oponível erga omnes, incluindo nesse rol o Estado que deve garantir o acesso e a transmissão da informação, tanto para o comunicante quanto para o receptor da mensagem. Em estrito sensu, o direito à informação seria uma das vertentes do direito à comunicação, sendo compreendido como o direito de procurar, receber, compartilhar e publicar informações. O direito à informação está inserido no rol dos direitos de primeira geração, sendo consagrado como um direito fundamental, que visa proteger as liberdades públicas ou como sendo uma abstenção por parte daquele que pretende violar tal direito, tratando-se de um prestação negativa².

Ao contrário sensu, da cláusula geral de prestação negativa do direito de ser informado, nas relações de consumo que é uma obrigação positiva oponível aos fornecedores de produtos ou serviços.

3.3. Requisitos do dever de informar

O dever de informar, para que seja responsabilizado pela sua ausência ou exacerbação dependerá do cumprimento de três requisitos: a) adequação; b) suficiência e c) veracidade. O dever de informação será caracterizado a partir do liame entre os sujeitos, e a ausência de um

¹ Aloísio Ferreira (1997, p. 94-95) lista as seguintes espécies de informação: informação oral, informação escrita, informação visual, informação audiovisual, informação jornalística, informação publicitária ou propagandística, informação recreativa, informação individual, informação institucional, informação popular, coletiva ou geral, informação automatizada.

² *Actas do Congresso Internacional: Comunicação e Defesa do Consumidor*. Coimbra, 1996. Não se desconhece a relevância do papel da comunicação, na relação de consumo, bem demonstrada no Congresso Internacional sobre *Comunicação e Defesa do Consumidor*, realizado em novembro de 1993, sob a iniciativa e organização do Instituto Jurídico da Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Nele foram abordadas as cinco vertentes do direito da comunicação: comunicação visual, audiovisual, informática, telecomunicação e publicidade. Essa importância vem da constatação de estar o consumidor sistematicamente vulnerado pelas distintas técnicas de comunicação. outro ângulo, a informação é mercadoria para a indústria da comunicação. As informações são bens que as pessoas podem trocar. Nessa hipótese, quem comunica assume a posição de fornecedor, na relação de consumo.

dos requisitos, enseja a responsabilização, devido à violação do dever de informar. A adequação é compreendida a partir da utilização dos instrumentos e maneiras de prestar a informação, guardando correspondência entre o conteúdo e a mensagem.

Os prováveis riscos e periculosidades devem ser vinculados na informação. A norma de consumo impõe que a linguagem empregada deva cumprir determinados requisitos, como no caso do produto importado o qual deve possuir um manual traduzido no vernáculo, entretanto, determinadas expressões em língua estrangeira podem ser empregadas, sem risco de infração ao dever de informar, desde que essas façam parte do vocabulário local, estando o consumidor familiarizado com tais termos.

Assim, a legislação consumerista estabelece que a informação veiculada no produto ou serviço sobre sua periculosidade, deve ter destaque especial, sob pena de responsabilização do patrocinador.

O requisito da suficiência será verificado a partir da completude e integralidade da informação. O atual paradigma legal regulador das práticas de consumo veda o laconismo, omissão e precariedade do fornecimento de serviços e de produtos. O requisito da suficiência é também observado nos casos dos produtos e serviços que apresentem dano potencial pelo uso ou não pela utilização reiterada do consumidor em virtude do estágio ainda incerto do conhecimento científico ou tecnológico. O risco do desenvolvimento, do produto ou serviço lançado no mercado de consumo, em determinadas hipóteses, pode ser demonstrado pela inadequação ou insegurança causadas pelo desenvolvimento científico ou tecnológico apresentado naquele momento em prejuízo do consumidor. Observamos que o direito brasileiro possui uma tendência de excluir a responsabilidade por riscos desenvolvidos pelo aperfeiçoamento do produto ou do serviço (LÔBO, 1996, p. 134).

Considerar-se-á adequado e seguro ao consumo, quando o lançamento de um produto ou serviço estiver atendendo as exigências técnico-científicas para a exposição no mercado de consumo sendo consideradas irrefutáveis. Os doutrinadores que acentuam a responsabilidade pelo risco do desenvolvimento expõem seus argumentos a partir da premissa de que tal desenvolvimento pode chegar a um avanço tão superior que levaria o produto ou serviço à inadequação no momento de sua efetiva utilização. Devemos observar se na data do lançamento o produto ou o serviço atendiam as respectivas adequações tecnológicas e científicas vigente na época.

A Diretiva da Comunidade Européia considera causa eximente a teoria do risco do desenvolvimento, desde que seja comprovado que o conhecimento técnico-científico do momento da colocação no mercado de consumo não haveria o defeito.

O requisito da veracidade é considerado o motivo de maior relevo, pois a informação deve ter correspondência com as características do produto e do serviço, além dos dados corretos sobre a composição, conteúdo, preço, prazos, garantias e riscos.

4. Os limites objetivos do dever de informar nas relações de consumo

Existem ocasiões em que a matéria sobre a qual se contrata se baseia em um objeto que se tenha especial dever de informar a seu respeito para a segurança do consumidor. Ocorre principalmente, quando o consumidor se encontra em local distante, só se justificando o seu deslocamento para o efetivo fechamento do negócio. Para tanto, ele deve ser informado corretamente sobre todos os aspectos que envolvam seus deveres e direitos. Tal atitude é vantajosa para o fornecedor que evita situações litigiosas em decorrência da ausência de informações referentes aos perigos de turbações, já que o fornecedor deve garanti-lo contra os perigos da evicção.

O fornecedor tem a obrigação de informar a situação jurídica conhecida ou o vício oculto ou redibitório que no direito processual atual, não encontra ação própria, como paradigmaticamente, existia no direito romano. É obrigação de o fornecedor informar ao consumidor sobre riscos da evicção e dos vícios ocultos, bem como, em relação, aos vícios aparentes que já eram conhecidos por ele, em razão, de sua profissão ou deveriam sê-los. No direito comparado é entendido que (STIGLITZ, s.d., p. 140):

“Sin embargo, la obligación del deudor consistente en informar al acreedor la situación jurídica ,evicción, y sobre las cualidades materiales de la cosa ,vicios cultos, queda excluida si la existencia de la evicción, por ejemplo en el contrato de compraventa, era conocida o debía serlo por el acreedor al tiempo de la enajenación, arts. 2091 y 2101 inc. 3 (CC) o cuando los vicios redibitorios eran conocidos o debían serlo por el adquirente en razón de su profesión o oficio ,art. 2170 (CC).

Desde outra perspectiva, siguiendo con elejemplo de la compraventa, el vendedor no se halla obligado a responder por los vicios o defectos aparentes, art. 2173 (CC) pues la naturaleza de los mismos exciuye la posibilidad deque sea invocada la desinformación”.

Em outras ocasiões, são oferecidos ao consumidor obstáculos ao exercício de seu direito de informação, sobre dados técnicos e científicos indispensáveis para a correta fruição dos bens e serviços. Trata-se de limites objetivos para o dever de informar. O fornecedor não pode

invocar ignorância legítima e o consumidor pode argüir, em seu benefício, o erro escusável. A questão se resume em investigar-se o grau de complexidade envolvido na operação e se a ignorância do consumidor foi responsável pelos danos do consumidor resultante da sua circunstância pessoal. Observa Stiglitz (s.d., p. 549):

“El tema en cuestión abre capítulo a la posibilidad de invocar una ignorancia legítima o error excusable en los términos del art. 929 del Código Civil, en tanto establece que el “error de hecho no perjudica, cuando ha habido razón para errar”.

La cuestión visceral se halla constituida por el criterio de apreciación al que deberá acudir a los fines de determinar cuando el error o la ignorancia deben ser tenidos por excusables.

No nos convence la aplicación de un criterio abstracto de apreciación, pues cualquier elección concluye en una injusticia. En efecto, si optamos por un criterio que atienda a una diligencia propia de un profesional avezado actuando en los dominios de su actividad especializada, estaríamos estimulando la inseguridad del tráfico contractual en favor de quienes invoquen y acrediten no ostentar tal grado de especialización”.

A proteção efetiva do consumidor não se faz apenas no controle da publicidade abusiva ou enganosa, mas, no cumprimento do dever de informação positiva. A informação para o consumidor deve ser exata, correta, clara e completa sobre o produto e/ou serviço que pretende adquirir. Nesse sentido Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin acentuando que (2010, p. 223):

“No Brasil, como de resto em outras partes do mundo, antes das grandes transformações sedimentadas pelo Direito do Consumidor, só muito raramente a publicidade era considerada “proposta”, no sentido contratual tradicional, vindo o fenômeno publicitário inserido na fase pré-contratual, “não se lhe atribuindo qualquer relevo no processo formativo do consenso negocial”. Era vista, acima dissemos, não vinculante”.

Vários caminhos foram aventados pela doutrina com o intuito de conferir efeito vinculante aos conteúdos publicitários. Comum a todos está uma certa operatividade restrita, sempre condicionada a um enorme e inseguro influxo doutrinário.

A oferta publicitária vem sendo dotada de uma exegese irretratável em considerar o consumidor como a parte mais fraca da relação pré-contratual podendo ser revista a qualquer momento, desde que seja prejudicial ao hipossuficiente, nesse mister, estabelecendo uma relação de sujeição em face do fornecedor pelo consumidor.

Considerações Finais

O sistema jurídico gera a proteção do dever de confiança que um dos contraentes deposita no outro durante as fases do contrato. Uma das maiores deslealdades que um contraente pode cometer a outro é ludibriá-lo no que respeita à sua verdadeira intenção, ou possibilidade, de constituir a relação contratual. É possível, portanto, que o contraente aja de forma abusiva ou negligente quanto às expectativas e anseios da outra parte no estabelecimento do contrato que está sendo negociado. Quando isso ocorrer, ou seja, quando um dos negociadores violarem o dever de lealdade que tem relativamente ao outro, tal fato poderá deflagrar a responsabilidade civil pré-contratual pela ruptura injustificada das negociações contratuais.

Conforme já observado, a indenização referente aos prejuízos causados pela interrupção das negociação contratuais constitui uma situação verificada freqüentemente no Direito, devendo o intérprete optar entre dois princípios, a boa-fé objetiva ou a autonomia da vontade. A autonomia da vontade corresponde a faculdade que a pessoa tem de contratar ou não. Por outro lado, a boa-fé objetiva norteia a ação dos contraentes durante a fase das tratativas, considerando o ato praticado por um dos contraentes poderá despertar na parte contrária a confiança da contratação do objeto. Surge para os contraentes durante a fase das tratativas deveres jurídicos que, uma vez violados ensejam a responsabilização dos prejuízos causados a parte contrária.

Concluí-se que o princípio da informação adequada, clara suficiente e precisa surge para regular os novos contratos firmados, perceptível é seu alcance principalmente no que se refere aos contratos relacionais de consumo envolve o dever de informar. O diploma de consumo regulou a matéria nos artigos 6º, III e V, 20, § 2º, 31, 36, 37, 46 e 66, fundamentando o dever de informação nos contratos relacionais de consumo. É dever do fornecedor dos contratos relacionais de consumo informar de modo adequado e permanente o consumidor sobre os riscos e danos que por ventura por correr na utilização do produto ou do serviço, quanto à qualidade, quantidade ou até sua utilização, para que o consumidor decida ou não pela aquisição do bem ou do serviço, pelo período em que perdurar a relação pré-contratual, contratual e também no momento posterior a realização do negócio jurídico.

REFERENCIA

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor na obra publicitária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

DENARI, Zelmo, *et. al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

FERREIRA, Aloísio. **Direito à informação, direito à comunicação**. São Paulo: Celso Bastos, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Responsabilidade por vício do produto ou do serviço**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

MARQUES, Cláudia Lima. Os contratos previdenciários, a informação adequada e os riscos do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, nº 26. abril/junho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. **Direito Administrativo Econômico**, São Paulo: Malheiros.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1997.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Trad.: Maria Ermantina Galvão G. Pereira, São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Trad.: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

RAMSEY, Iam. **Consumer protection text and materials**. London: Weidenfeld and Nicolson, 1989.

STIGLITZ, Gabriel A. *et. al.* **Responsabilidade precontractual. Incumplimiento del deber de informacion**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, (s.d).

STIGLITZ, Rubén S. **Responsabilidad precontractual**. Buenos Aires: Abeledo-Perot, 1992.

SUNDFELD, Carlos Ari, *et. al.* (org.). Globalização e Direito do Consumidor. **Direito Global**, São Paulo: Max Limonad, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. **Revista da Faculdade de Direito**, nº 2, Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

WILLIAMSOM, Oliver. **The economia Instituições of capitalism**. New York: Free Press, 1985.

* SOARES, Paulo Brasil Dill. Professor do curso de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ/ITR/DCJS. Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Ciência, Tecnologia e Inovação Agropecuária da UFRRJ. Mestre em Direito. Pesquisador no Grupo de Pesquisa Direito, Processo e Desenvolvimento. Autor de obras relacionadas ao Direito do Consumidor e Direito Falimentar. Membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros nas Comissões de Direito do Consumidor e Direito Constitucional.