

DIREITO E SOCIEDADE EM MOVIMENTO

CENTRO UNIVERSITÁRIO LA SALLE

Reitor

Paulo Fossatti

Vice-Reitor

Cledes Antonio Casagrande

Pró-Reitora Acadêmica

Vera Lúcia Ramirez

Pró-Reitor de Desenvolvimento

Renaldo Vieira de Souza

Editora Unilasalle

Conselho Editorial: César Fernando Meurer, Cristina Vargas Cademartori,
Evaldo Luis Pauly, Rafael Kunst, Tamára Cecília Karawejszyk,
Vera Lúcia Ramirez, Zilá Bernd.

Conselho Editorial da obra: Daniel Braga Lourenço (UFRJ), Letícia Albuquerque (UFSC), Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior (UFAL), Wladimir Alcibiades Marinho Falcão Cunha (UFPB), José Antônio Gerzson Linck (FACENSA), Luiz Antônio Bogo Chies (UCPEL), Marcos Leite Garcia (UNIVALI), Luiz Henrique Cademartori (UFSC).

Realização: Editora Unilasalle

Diagramação e arte gráfica: Ricardo F. Neujahr

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D598 Direito e sociedade em movimento [recurso eletrônico] / Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori, Marcos Jorge Catalan, Paula Pinhal de Carlos, organizadores. – Dados eletrônicos. – Canoas, RS : Ed. Unilasalle, 2015.

Livro eletrônico.

Sistema requerido: Adobe Acrobat Reader.

Modo de acesso: <<http://www.unilasalle.edu.br/canoas/ppg/ppg-direito/>>.

ISBN 978-85-89177-43-6

1. Direito. 2. Sociedade. 3. Sociologia jurídica. I. Cademartori, Daniela Mesquita Leutchuk de. II. Catalan, Marcos Jorge. III. Carlos, Paula Pinhal de.

CDU: 34:316

DIREITO E SOCIEDADE EM MOVIMENTO

Daniela Mesquita Leutchuk de Cardematori

Marcos Jorge Catalan

Paula Pinhal de Carlos

Organizadores

UnilaSalle
Editora



E-book



quality

SUMÁRIO

PREFÁCIO	07
----------------	----

Germano Schwartz

O CONTROLE DA PUBLICIDADE DO TABACO NO BRASIL UMA ABORDAGEM SISTÊMICA	11
---	----

Sergio Gonçalves Macedo Jr.

O ESTÁBULO DA CASA <i>KABYLE</i> : A INSERÇÃO DO ANIMAL NÃO HUMANO NO CAMPO JURÍDICO	43
--	----

Cristian Graebin

DIREITO À CIDADE	63
------------------------	----

Rodrigo Westphalen Leusin; Sérgio Urquhart de Cademartori

SOCIEDADE, ESTADO E PRODUÇÃO DO DIREITO CONTEMPORANEO: POLICONTEXTURALIDADE, DIREITO ESTATAL E CONSTITUIÇÕES CIVIS	75
--	----

Marcelo Maduell Guimarães

A INTERNET, A CULTURA DO MEDO E A CRIMINALIDADE CIBERNÉTICA: ASPECTOS DE PRODUÇÃO E INTERPRETAÇÃO DO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO	93
--	----

Emerson Wendt

PREFÁCIO

O livro que ora vem a público é fruto de uma série de ações tomadas pelo Mestrado em Direito do Unilasalle¹, todas elas preocupadas com (i) a consecução dos objetivos do Curso e (ii) a qualidade de suas pesquisas. De fato, na essência, o Mestrado (acadêmico) em comento é resultado de um movimento que se origina da Graduação em Direito do Unilasalle (Canoas), e, portanto, antecede ao início das aulas de seu *stricto sensu*, que ocorreram no mês de Março do ano de 2014.

O Mestrado em Direito, de outro lado, é fruto, principalmente, de um movimento do Unilasalle – Canoas para ser reconhecido como uma Universidade, deixando no passado sua atual condição de Centro Universitário. Note-se, contudo, que dita alavancagem não se fixa em critérios outros que não a qualidade e um ensino de excelência (internacionalizado), visão consagrada no Plano de Desenvolvimento Institucional do Unilasalle-Canoas².

Importante esclarecer esse percurso. No ano de 2011 inicia-se a organização do Mestrado em Direito. Sua propositura perante a CAPES se deu no ano de 2013. Percebe-se que desde sua gestação até o envio do projeto ao governo brasileiro decorreram dois anos. Esse biênio representou um espaço bastante feliz de (re)organização das linhas de pesquisa em Direito do Unilasalle-Canoas, entre outros pressupostos necessários para que a ideia se tornasse factível.

A área de concentração escolhida, aderente às linhas – e das quais ela decorre –, foi Direito e Sociedade. Em palavras bastante resumidas, ela parte do pressuposto de que o Direito é um fenômeno social e vice-versa. Essa relação reflete o entendimento de que um é ambiência de outro. Dessa maneira,

¹ O site do Mestrado pode ser visitado em <http://unilasalle.edu.br/canoas/ppg/ppg-direito/>

² O PDI pode ser acessado em http://unilasalle.edu.br/public/media/4/files/pdi_livreto_web.pdf

pesquisar de que forma um perturba o outro e como se juridicizam expectativas sociais é o cerne do Mestrado.

As linhas de pesquisa, por seu turno, restaram estabelecidas em duas. A primeira (Efetividade do Direito na Sociedade) está focada na questão da legitimidade do Direito perante a sociedade, ou seja, de que modo o processo de produção estatal das normas jurídicas é recebido, cumprido e observado ela sociedade; a segunda (Sociedade e Fragmentação do Direito), de seu lado, agrupa-se na observação de que os fundamentos do Estado-Moderno, como é o caso do Direito por ele produzido, é colocado em xeque perante as características anti-hierárquicas e circulares da sociedade contemporâneo. Daí a fragmentação, proveniente das forças sociais – interdisciplinares – que sobre o Direito atuam e produzem mudanças decisivas.

Tal é, em linhas gerais, o quadro amplo da estrutura pensada - e executada - para o *stricto sensu* em Direito do Unilasalle-Canoas. Mas um Mestrado tem como ponto central a pesquisa. A questão seguinte passou a ser como dar vazão aos trabalhos dos atores envolvidos no Curso, isto é, alunos e professores. Três são os canais:

1. A Revista Eletrônica Direito e Sociedade³, elaborada e assentada nos mais exigentes critérios do Qualis – CAPES.
2. O Anuário “Direito e Sociedade”, em formato físico, de lavra dos professores do Curso, cujo destino precípua é o de servir de base para prova escrita do processo seletivo de discentes.
3. Um *e-book* anual que congregasse os melhores *papers* publicados pelos alunos em um período de doze meses.

O presente livro é fruto do terceiro canal anteriormente mencionado. Esse é seu propósito e seu objetivo maior. O Colegiado do Mestrado em

³ A revista já se encontra com seu segundo volume, publicado em <http://www.revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/issue/current>

Direito decidiu que os artigos que comporiam sua primeira edição seriam oriundos da disciplina Teorias Sociais do Direito na Contemporaneidade, ministrada no primeiro semestre do ano de 2014 por minha pessoa.

Nesse sentido, os alunos foram instados a produzir um *paper* que refletisse os argumentos principais de sua futura dissertação com base nos autores estudados na disciplina (Ost, Luhmann, Bourdieu, Derrida, Arnaud, Hydén, Giddens, Foucault, Teubner, entre outros). Alguns dos artigos escritos foram enviados ao Conpedi de João Pessoa (2014) e outros compõem a presente obra. Todos, sem exceção, com qualidade, o que muito orgulha o corpo docente do Mestrado em Direito do Unilasalle.

É com esse espírito que os trabalhos dos mestrandos Cristian Graebin, Emerson Wendt, Marcelo Guimarães, Rodrigo Leusin e Sérgio Macedo Jr. deve ser recebido, isto é, com a certeza de que se está frente a trabalhos de qualidade de um grupo de futuros/presentes pesquisadores do Direito que se preocupam com as relações do Direito com a Sociedade (e vice-versa), tudo isso amparado no mais moderno referencial teórico proveniente da Sociologia do Direito.

Convenhamos, não é pouca coisa!

Germano Schwartz

Canoas (RS), no início do verão de 2014 e no histórico Prédio 8
do Unilasalle.

O CONTROLE DA PUBLICIDADE DO TABACO NO BRASIL UMA ABORDAGEM SISTÊMICA

Sergio Gonçalves Macedo Jr.

Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito do UNILASALLE

1 Introdução

A publicidade cumpre uma importante função social e econômica na sociedade, compreendendo ações estratégicas dos agentes econômicos, mas deve, sempre, corresponder aos ditames legais.

Constitui forma de comunicação presente no dia a dia de todos os indivíduos, que são expostos, a despeito de sua vontade, a diferentes espécies de apelos de *marketing*, como o anúncio publicitário, o *teaser*, o *puffery* e o *merchandising*. Vivemos em uma sociedade em que a prática social recorrente é o consumismo, fruto de inúmeras influências do meio no qual os indivíduos estão inseridos, que os incentivam a uma aquisição contínua de bens e serviços, como forma de sustentar a produção e o crescimento econômico. E a maior parte destas influências decorre das técnicas de *marketing*. Assim, plenamente integrada ao modo de produção capitalista e inegavelmente necessária à economia de mercado, a publicidade adquire cada vez mais espaço e influência na pós-modernidade, quando os meios de comunicação têm se diversificado e a circulação da informação tem se intensificado em proporções jamais vistas pela humanidade. Nesse contexto, os efeitos da publicidade sobre a sociedade também são majorados, de forma que eventuais ilícitudes passam a ter um potencial lesivo muito mais significativo.

Resta clara, assim, a importância dos sistemas de controle da publicidade no seu mote de minimizar os riscos potenciais de danos que possam vir a ser

causados por esta forma de comunicação. No entanto, o manejo de um ou outro sistema de controle depende de qual subsistema da sociedade é que se trata.

Na perspectiva sistêmica autopoietica de Niklas Luhmann, verifica-se que a incorporação das comunicações da publicidade no subsistema jurídico, no Brasil, implicou em uma positividade geradora do rearranjo de sua normatização, de forma que o sistema legal de controle da publicidade passou a constituir um panorama significativamente mais restritivo do que o sistema autorregulamentar - imbricado no subsistema da comunicação social - constituía outrora. Ou seja, até que fosse instituída uma normatização no subsistema jurídico, o sistema de controle privado da publicidade (autorregulamentariedade) não fora capaz de, nos domínios do subsistema da comunicação social, atender às expectativas de efetividade no controle publicitário, para que não viessem a ser cometidos abusos no ramo da publicidade e da propaganda e para que os consumidores não viessem a ser induzidos a erros. Um exemplo claro deste processo pode ser observado no controle da publicidade do tabaco.

Este artigo apresenta, então, um conciso esboço sobre alguns conceitos da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann e uma breve análise da publicidade, enquanto forma de comunicação social, bem como da sua natureza jurídica e das suas formas de controle. São abordadas, ainda, as características e algumas especificidades dos dois tipos de publicidade ilícita: a enganosa e a abusiva. Por fim, apresenta o caso do controle da publicidade do tabaco no país, que espelha o modo com o qual irritações causadas no subsistema jurídico puderam gerar um acoplamento estrutural tal que resultou em drástica restrição da publicidade de produtos fumíferos.

2 Sistemas autopoieticos sociais

Na Teoria dos Sistemas a sociedade apresenta as características de um sistema, permitindo-se, assim, que os fenômenos sociais sejam observados por meio dos laços de interdependência que os unem e os constituem numa totali-

dade. Segundo Leonel Severo Rocha (ROCHA, 2013, p. 27), “nesta teoria, entende-se que o sistema rege globalmente, como um todo, as pressões exteriores e as reações de seus elementos internos. A moderna teoria social dos sistemas foi delineada classicamente por Talcott Parsons, possuindo características que privilegiam o aspecto estrutural de sua conservação”.

Na lição de Leonel Severo Rocha (2013, p. 29), “Niklas Luhmann adaptaria, entretanto, alguns aspectos de Parsons, somente numa primeira fase de sua atividade intelectual, porque, em seus últimos textos, voltou-se para uma perspectiva epistemológica “autopoiética” (Varela-Maturana): acentuando a sistematicidade do Direito como autorreprodutor de suas condições de possibilidade de ser, rompendo com o funcionalismo (*input/output*) parsoniano”.

Os sistemas autopoiéticos sociais são o objeto de estudo da Teoria dos Sistemas Sociais, do sociólogo Niklas Luhmann. Segundo ele, além da sociedade, organizações e interações são sistemas sociais, os quais têm, entre si, como fator comum, o fato de que a sua operação básica é a comunicação. Nessa esteira, a comunicação é a única operação genuinamente social, que é autopoiética porque pode ser criada somente no contexto recursivo das outras comunicações, como parte de uma rede, cuja reprodução precisa da colaboração de cada comunicação isolada (MATHIS, 2014).

Pela teoria sistêmica, a sociedade é um sistema social que se auto-reproduz por comunicações, composto por subsistemas sociais, tais como o Econômico, o Político, o Científico, o Jurídico, o das Artes, o da Comunicação Social¹, da Saúde, ou da Religião. A comunicação compõe esses subsistemas sociais e viabiliza a sua diferenciação funcional. E é através desta diferenciação que eles reduzem a complexidade do mundo de tal maneira que ela possa vir a se tornar passível de entendimento pelas pessoas que fazem parte da sociedade, as quais, na terminologia luhmanniana, são chamados “sistemas psíquicos”. Alter e Ego observam as seleções efetuadas pelos dois sistemas psíquicos autopoiéticos. Alter é para Ego uma caixa preta, e vice-versa. Como configura o sistema social, sua relação com o ambiente formado pelos sistemas psíquicos e viventes, se

sua autopoiesis impede o contato direto com o meio ambiente? Para responder a esta questão, Luhmann e De Giorgi valem-se do conceito de acoplamento estrutural (ZYMLER, 2002).

Os sistemas sociais nascem de ruídos ou irritações gerados por tentativas de comunicação entre os sistemas psíquicos. O mundo representa a unidade entre sistema e meio e contém todos os sistemas e todos os meios.

A complexidade resulta do conjunto dos possíveis estados e acontecimentos de um sistema, que, devido a restrições decorrentes da capacidade de enlace, cria a impossibilidade de combinação contemporânea dos inúmeros elementos entre si. Consoante ensina Benjamin Zymler,

Dessa forma, para lidar com a complexidade, é necessário que o sistema limite as possibilidades de relação entre os elementos. Dito de outra forma, a complexidade implica a necessidade de selecionar. Para tanto, devem os sistemas sociais autopoieticos ser capazes de se orientar, reduzindo a complexidade social, ou seja, limitando o número de possibilidades de experiências dotadas de sentido (ZYMLER, 2002, p. 34).

Essa redução da complexidade social é alcançada pelos subsistemas sociais autopoieticos justamente por meio da sua diferenciação funcional.

Em meio a complexidade, todo o sentido é construído a partir das dinâmicas de “diferenciação” que têm os subsistemas. O subsistema precisa se diferenciar para sobreviver. Apenas a diferenciação é que promove o “sentido”. Ao se diferenciarem e, por isso, se firmarem, os subsistemas funcionam em clausura operacional, ou seja, mantêm a sua unidade a partir de um fechamento operacional, porém, sempre mantendo uma abertura cognitiva, para poder preservar a “comunicação” com os demais subsistemas. Assim explica Leonel Severo Rocha:

Toda teoria dos sistemas se caracteriza por manter determinado tipo de relações como o ambiente. A teoria da diferenciação afirma que somente os sistemas são dotados de sentido, sendo que o ambiente é apenas uma complexidade bruta, que ao ser reduzido,

já faz parte de um sistema. É o sistema a partir da dinâmica da diferenciação que constrói o sentido. Trata-se do princípio da diferenciação funcional dos sistemas sociais da sociedade moderna.

Um sistema diferenciado deve ser simultaneamente, operativamente fechado, para manter a sua unidade, e cognitivamente aberto, para poder observar a sua diferença constitutiva. Portanto, a sociedade possui como elemento principal a comunicação: a capacidade de repetir as suas operações, diferenciando-as de suas observações. A tomada de decisões produz tempo dentro da sociedade. Nesta perspectiva, não é o consenso que produz o sentido das decisões, mas a diferenciação (ROCHA, 2013, p. 35).

Vê-se, assim, que a diferenciação do subsistema é fundamental não só para que se construam os sentidos, reduzindo a complexidade, mas também para que ele garanta a sua sobrevivência. E, para que ele possa se auto-reproduzir (autopoiese), o elemento essencial é a comunicação, a qual será a seguir abordada.

2.1 Comunicação

Comunicação é o processo que envolve a troca de informações, ideias ou mensagens. O verbo “comunicar” deriva do latim *communicare*, que significa tornar comum, partilhar, repartir, associar, trocar opiniões, conferenciar. *Communicare*, por sua vez, originou-se do termo *communis* (comum), que introduz a ideia de comunhão, comunidade. “Comunicar implica participação (*communicatio* tem o sentido de participação) em interação, em troca de mensagens, em emissão ou recebimento de informações novas” (RABAÇA; BARBOSA, 1987, p. 151).

No entanto, a comunicação tem significados essencialmente diversos para a Teoria da Comunicação e para a Teoria dos Sistemas. Para a primeira, comunicação é o processo linear de transporte de informação de um Ponto A para um Ponto B pelo qual um emissor (Ponto A) utiliza um sinal codificado para transmitir uma mensagem, por meio de um canal, para um receptor (Ponto B), que, por sua vez, procede a decodificação da mensagem. Por depender de

um sinal codificado e de um canal de transmissão, tal processo pode se sujeitar a ruídos, que podem prejudicar a adequada recepção da mensagem. Este modelo matemático de comunicação (Modelo Shannon/Weaver), descrito na década de 40 do século passado, pelos teóricos C. E. Shannon e W. Weaver, concebe a comunicação como uma *transmissão de sinais*.

Já a teoria geral dos sistemas, conforme a lição de Leonel Severo Rocha,

desenvolveu-se conjuntamente com o desenvolvimento de três estudos fundamentais: a teoria dos jogos, de Von Neumann e Morgenstern (1947), a teoria cibernética, de Weinwe (1948), e a teoria da informação, de Shannon e Weaver (1949). O fato de tais estudos aparecerem aproximadamente no mesmo momento, conduziu a Teoria Geral dos Sistemas a um novo patamar, deixando as áreas restritas da matemática e da biologia para aliar-se às chamadas ciências da nova tecnologia (ROCHA, 2009, p. 15).

A sociedade como sistema social se constitui e se sustenta por intermédio da “comunicação” dependente da linguagem, das funções, da diferenciação e das estruturas, gerando evolução social. Luhmann coloca como objeto preferencial de seu campo temático a comunicação: somente a comunicação pode produzir comunicação. A comunicação, para Luhmann, se articula com a discussão a respeito dos chamados “Meios de Comunicação Simbolicamente Generalizados” (ROCHA, 2013).

Para a Teoria dos Sistemas, conforme Germano Schwartz, “a comunicação é constituinte e reprodutora dos subsistemas sociais”, é o elemento que faz a conexão entre eles – ao passo que a ação é um dos elementos que os compõem (SCHWARTZ, 2014, p. 29). Para Niklas Luhmann, a comunicação consiste na síntese de três diferentes seleções: o ato de comunicar, a informação e a compreensão da diferença entre mensagem e informação (MATHIS, 2014). Ocorre, portanto, com a congruência dessa tríade. Ela é a capacidade de um sistema repetir suas operações, diferenciando-se dos demais sistemas. Duplica, portanto, a realidade. Assim que ela ocorre, desaparece. Com tal diferenciação, o sistema do direito produz comunicações jurídicas específicas, e o da arte, por

seu turno, realiza comunicações artísticas (SCHWARTZ, 2014, p. 29).

Nas palavras de Armin Mathis (2014), um ato comunicativo só é aperfeiçoado quando *Ego* compreende que *Alter* transmitiu uma informação, e que esta informação pode ser atribuída a *Alter*. Conforme Benjamin Zymmler (2002, p. 32-33), “a comunicação é a operação específica que identifica os sistemas sociais”. Não existe sistema social que não tenha como operação própria a comunicação e não há comunicação fora dos sistemas sociais, já que toda a comunicação é operação interna de um sistema social. Já entre os sistemas sociais e seu ambiente não há comunicação, já que atuam em clausura operativa.

3 Publicidade no subsistema da comunicação social

A publicidade é a parte da comunicação social que, com caráter comercial, objetiva promover a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, por parte dos consumidores (CHAISE, 2001, p. 8). Cláudia Lima Marques (1999, p. 345) a define como “toda a informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado”.

Conforme a lição de Vidal Serrano Nunes Júnior e Yolanda Serrano, a publicidade abrange quatro aspectos fundamentais:

- a) *aspecto material*: é um fenômeno da comunicação social;
- b) *aspecto subjetivo*: patrocinada por entes públicos ou privados personalizados ou não;
- c) *aspecto contencioso*: possui conteúdo econômico, vale dizer, ela nasce e se desenvolve em meio a uma atividade econômica, que indica a sua essência e a sua razão de ser;
- d) *aspecto finalístico*: a publicidade comercial tem por objetivo promover a venda de produtos e serviços, quer mediante a persuasão do consumidor para o consumo de um produto ou serviço determinado, quer por intermédio da chamada publicidade institucional, onde a defesa do nome da empresa ou da qualidade da

marca busca indiretamente a promoção dos produtos e serviços a elas relacionados (NUNES JÚNIOR; SERRANO, 2003, p. 114).

As campanhas de marketing podem fazer uso de diversas técnicas publicitárias, entre as quais se pode citar o *teaser*, o *puffing*, a publicidade redacional, a propaganda subliminar, a publicidade comparativa e o *merchandising*.

O *teaser* consiste em uma técnica publicitária que procura despertar a curiosidade do consumidor, objetivando preparar o mercado para o lançamento, no futuro próximo, de uma campanha publicitária. É, na verdade, “o anúncio do anúncio”.

A publicidade subliminar tenta atingir o subconsciente dos consumidores. O termo “subliminar”, no caso da publicidade, refere-se ao tipo de mensagem que não pode ser captada diretamente pela porção do processamento dos sentidos humanos que está em estado de alerta. Subliminar é tudo aquilo que está abaixo do limiar, a menor sensação detectável conscientemente. No Brasil, este tipo de publicidade é proibido pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), tendo em vista que se trata de publicidade não perceptível, portanto, que afronta ao princípio da identificação (art. 36, CDC), consectário do direito dos consumidores à proteção contra a publicidade enganosa e abusiva (art. 6º, CDC).

A publicidade redacional, por sua vez, é uma técnica de simulação. Nela, a publicidade tenta parecer apenas uma notícia e, como tal, sugere uma falsa isenção, de forma que a empresa ou o órgão que a divulga aparente estar realizando uma reportagem ou prestando uma informação desprovida de interesse comercial.

O *puffing*, que não é proibido pelo CDC, consiste no exagero publicitário; quando a campanha publicitária se vale de hipérboles para promover o produto ou o serviço.

O *merchandising* é a técnica que consiste na veiculação de mensagens comerciais dissimuladas através da apresentação de produtos em vídeo, em áudio

ou em artigos impressos em sua situação normal de consumo, sem a declaração ostensiva da marca.

A publicidade comparativa, por outro lado, é uma técnica na qual o anunciante indica que seus produtos ou serviços são melhores ou mais baratos que os da concorrência. Também não é proibida pelo CDC, porém, deve respeitar, estritamente, requisitos de veracidade e de não-abusividade, distanciando-se da subjetividade, sendo necessariamente, exata, precisa e objetiva.

4 Publicidade no subsistema jurídico

Quanto aos direitos dos consumidores, o art. 5º da nossa Constituição Federal determina ao Estado, em seu inc. XXXII, a promoção, na forma da lei, da defesa do consumidor. A norma se insere no quadro dos direitos e garantias fundamentais outorgados pela Constituição e, portanto, teve vigência imediata. Na mesma esteira, o seu art. 170, ao definir os fundamentos da ordem econômica e lhe indicar a finalidade, destaca, como um de seus princípios essenciais, a defesa do consumidor. Embora reforce tal finalidade ao reiterar o mencionado no art. 5º, o art. 170 assegura a todos, simultaneamente, o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, afirmando, outrossim, a liberdade da concorrência, que se pressupõe leal.

O art. 48 do Ato das Disposições Transitórias determinou o prazo de 120 dias para que o Congresso Nacional elaborasse o Código de Defesa do Consumidor. Legislado no ano de 1990, por meio da Lei n.º 8.078, o CDC, arraigado a princípios constitucionais e, mais especificamente, aos do Direito do Consumidor, incrementou o ordenamento jurídico pátrio, regulando a publicidade e balizando a caracterização da publicidade disfarçada (art. 36), bem como das ilicitudes de suas manifestações (art. 37) – enganosidade e abusividade - de forma a viabilizar o seu controle legal, que veio a se somar ao sistema autorregulamentar.

Assim, o legislador brasileiro, através do CDC, rechaçou a publicidade enganosa ou abusiva em todos os níveis de tutela, ensejando a aplicação de sanções administrativas, dentre as quais a contrapropaganda, propiciando a retirada das mídias de publicidades viciadas, com eventuais ressarcimentos por danos causados aos consumidores, vinculando o fornecedor à oferta publicitária, criminalizando determinadas condutas e criando mecanismos processuais para otimizar o acesso à justiça. Mesmo assim, ainda são comuns os casos nos quais a legislação é desrespeitada e, desta forma, muitas peças publicitárias ou *merchandisings* contaminados por ilicitudes continuam a ser promovidos

Cabe, então, ao Estado a promoção da defesa do consumidor. Nem a Constituição, nem o CDC excluíram a relação de consumo do direito privado, mas admitiram a intervenção do Estado com o propósito de limitar a liberdade do fornecedor, impondo-lhe regras de comportamento e cuidados cujos destinatários compõem o conjunto de toda a sociedade. Nas palavras de Walter Ceneviva (1991, p. 86), “vieram a reboque da falta de sintonia entre o direito escrito e os fatos sociais, pois era muito anterior a necessidade provocada pelas transformações sócio-econômicas, de suprir as deficiências do direito privado para garantir a massa crescente de novos conflitos causada pelo *consumismo*”.

Quanto à livre criação publicitária, a Constituição protege, como direitos fundamentais, em seu art. 5º, a manifestação do pensamento e a liberdade de expressão. Pelo inciso IX do art. 5º, o constituinte definiu em termos amplos os contornos do direito à liberdade de expressão, que já fora previsto no seu inciso IV.

Conforme Gilmar Mendes (MENDES, COELHO e BRANCO, 2007, p. 351), “o âmbito de proteção da liberdade de expressão é amplo, abarcando todos os atos não violentos que tenham como objetivo transmitir mensagens, bem como a faculdade de não se manifestar”.

A publicidade também é protegida pela liberdade de expressão. Com efeito, há quem defenda o contrário, por entender que a publicidade não está protegida por tal liberdade pelo fato de que ela não objetiva a discussão de

ideias, mas sim a obtenção de lucro por parte de agentes econômicos. Levanta-se, ainda, a hipótese de que a publicidade não gozaria dessa proteção porque se volta, precipuamente, para a criação artificial de desejos e necessidades contingentes nos consumidores, nada tendo a ver com o nobre propósito da liberdade de expressão, de tornar possível o debate de temas de interesse público.

Contudo, predomina o entendimento de que tal proteção se estende à publicidade, mesmo que ela não esteja no epicentro deste direito fundamental. Nesse sentido, Daniel Sarmento, ao colaborar em obra Coordenada por José J. G. Canotilho sobre a Constituição Federal (CANOTILHO, 2014), comenta:

[...] é importante ressaltar que, numa sociedade capitalista, a busca de ganhos econômicos está também presente em diversas outras atividades comunicativas desenvolvidas por particulares, cuja cobertura pela liberdade de expressão ninguém questiona. Ademais o domínio da liberdade de expressão não se circunscreve aos temas considerados de interesse público, abrangendo todos os subsistemas sociais, inclusive o econômico. E não é uma exclusividade do discurso publicitário a tentativa de influenciar as atitudes e condutas humanas, pois esta é uma característica presente, em maior ou menor escala, na comunicação que ocorre nos mais variados domínios, como o político, religioso, artístico, etc.. Não bastasse, a publicidade comercial, quando despida de vícios, desempenha um papel importante que tem nexos íntimos com os valores da liberdade de expressão, que é municiar o indivíduo com informações para que ele possa, a partir de suas próprias valorações, realizar escolhas autônomas sobre o que é bom para o seu próprio consumo (SARMENTO, 2014, p. 274).

De fato, a publicidade não se situa no epicentro do direito fundamental à liberdade de expressão, como ocorre, por exemplo, com os discursos político, artístico, religioso ou científico. Está, é verdade, em uma zona mais afastada, na qual a proteção constitucional é menos intensa (SARMENTO, 2014). E é por este motivo que podem ser aceitas restrições mais contundentes à liberdade de expressão nesta seara, como as voltadas à proteção ao consumidor, que também é tarefa constitucional (art. 5º, XXXII e 170, V, da CF). Entre tais restrições, sobressaem as insculpidas no CDC, já referidas. Há restrições, inclusive,

de imposição constitucional, que, referentes à comunicação social, estão prescritas nos parágrafos 3º, inc. II, e 4º do artigo 220 da Constituição, em nome da tutela de bens jurídicos relevantes, como a saúde, o meio ambiente e a proteção à criança e ao adolescente. Neste contexto, Daniel Sarmento (2014) salienta, porém, que “é sempre necessário analisar a validade de cada medida restritiva, o que envolve tanto o respeito à reserva da lei formal como o acatamento do princípio da proporcionalidade”.

4.1 Publicidade Ilícita

Consoante o regime jurídico estabelecido pelo CDC, toda publicidade que violar os deveres jurídicos nele definidos, na realização, produção e divulgação de mensagens publicitárias, será ilícita. Existem duas espécies de publicidade ilícita: a publicidade enganosa e a publicidade abusiva, referidas no CDC, no *caput* do seu art. 37.

Na lição de Bruno Miragem:

A consequência própria destas espécies de publicidade ilícita, além da evidente vedação da sua veiculação, no caso de já ter havido divulgação, será a imposição da contrapropaganda, prevista no art. 56, XII, assim como eventuais sanções penais, a teor do que estabelece o art. 67 do CDC. Da mesma forma, sendo comprovados danos materiais ou morais, a título individual ou coletivo, em razão da veiculação da publicidade ilícita, serão abrangidos por pretensão indenizatória das vítimas, ou dos legitimados para tutela coletiva, quando for o caso (MIRAGEM, 2008, p. 169).

4.1.1 Publicidade enganosa

Segundo Cláudia Lima Marques (1999, p. 676), “a característica principal da publicidade enganosa, segundo o CDC, é a de ser suscetível de induzir ao *erro* o consumidor, mesmo que seja através de suas ‘omissões’. A interpretação dessa norma deve ser necessariamente ampla, uma vez que o ‘erro’ é a falsa

noção da realidade, falsa noção esta *potencial*, formada na mente do consumidor por ação da publicidade”.

Nesse sentido, o CDC proíbe a *publicidade enganosa* no *caput* e no § 1º de seu art. 37.

A proibição da publicidade enganosa vem ao encontro do objetivo do CDC de oferecer garantias ao consumidor, no sentido de que ele possa fazer escolhas livres e racionais.

Existem dois tipos básicos de publicidade enganosa: por *comissão* e por *omissão*.

Na publicidade enganosa *por comissão*, o fornecedor afirma algo capaz de induzir o consumidor em erro, ou seja, diz algo que não é. Já na publicidade enganosa por omissão, o anunciante deixa de afirmar algo relevante e que, por isso mesmo, induz o consumidor em erro, isto é, deixa de dizer algo que é (BENJAMIN, 2001, p. 289).

Na caracterização de uma publicidade enganosa, o dano do consumidor é um mero *plus* (com implicações próprias, notadamente na área penal).

Assim, não tem relevância a consumação do dano material na caracterização da enganosidade do anúncio, em se tratando de responsabilidade civil. Segundo Antônio Herman Benjamin (2001, p. 292), “o consumidor não precisa chegar às últimas consequências e adquirir, de fato, o produto ou serviço com base no anúncio. Basta que este tenha a mera capacidade de induzi-lo em erro para evidenciar-se a publicidade enganosa. O que importa não são os *efeitos reais* da publicidade, mas, ao contrário, sua *capacidade de afetar* decisões de compra”.

4.1.2 Publicidade abusiva

A publicidade abusiva é aquela que contém mensagens ofensivas aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. Não visa a proteger os aspectos

materiais do consumo (o bolso do consumidor), mas outros valores tidos como relevantes para a sociedade, tais como a igualdade das pessoas, a defesa ambiental, a proteção dos direitos da criança ou dos hipossuficientes, etc. (RODYCZ, 1994, p. 67).

Na lição de Cláudia Lima Marques (1999, p. 680), “a publicidade abusiva é, em resumo, a publicidade antiética, que fere a vulnerabilidade do consumidor, que fere valores sociais básicos, que fere a própria sociedade como um todo”.

O Código de Defesa do Consumidor não define a publicidade abusiva, arrolando apenas alguns exemplos no § 2º de seu art. 37. Esta opção, consoante o ensinamento de Vidal e Yolanda Serrano (NUNES JUNIOR; SERRANO, 2003, p. 120), “prende-se ao fato de que qualquer definição poderia ficar aquém das expectativas do legislador. Deste modo, optou por uma enumeração, que, além de arrolar hipóteses, serve de parâmetro para a identificação de outras mensagens publicitárias de caráter abusivo”.

Assim, pode-se considerar abusiva a publicidade quando ela instiga ou estimula, de modo eficaz, uma das ações indicadas no referido § 2º do art. 37, quando desrespeita valores ambientais, ou quando é capaz de causar riscos coletivos aos consumidores. Assim, o anunciante que não obedece ao disposto neste § 2º está, violando, também, o princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º da Constituição Federal.

Consoante a lição de Vidal e Yolanda Serrano,

As hipóteses enunciadas, partindo do pressuposto de que a publicidade – veiculada, em regra, por meios de comunicação de massa – produz um forte impacto cultural, descrevem condutas violadoras de normas éticas, extraídas não só do contexto das relações de consumo, mas das relações sociais como um todo. Obedecendo a esta diretriz, conclui-se que a publicidade abusiva pode ser genericamente concebida, com base nas indigitadas hipóteses, como a publicidade antiética.

[...]

Em suma, o conceito serve de apanágio para um critério residual, ou seja, não sendo a publicidade enganosa, nem tão pouco ofendendo a nenhuma das hipóteses enumeradas no art. 37, § 2º, ainda assim pode vir vestida de abusividade pela ofensa a padrões éticos do mercado ou mesmo da sociedade, genericamente considerada (NUNES JUNIOR; SERRANO, 2003, p. 120).

Tendo em vista que, ao exemplificar a propaganda abusiva, o legislador utilizou a expressão *entre outras*, o elenco das cláusulas abusivas não é taxativo. Sendo assim, o juiz poderá identificar outras hipóteses de publicidade abusiva, dependendo dos casos concretos. Nas palavras de Wilson Carlos Rodycz (1994, p. 69), “vale frisar que a enumeração de hipóteses é meramente exemplificativa, podendo haver outras que igualmente serão taxadas de abusivas e ilegais”.

5 Controle da publicidade

A publicidade patológica pode ser objeto de controle em três esferas distintas: judiciária, administrativa e privada (RODYCZ, 1994, p. 71).

Consoante ensina o magistrado Wilson Carlos Rodycz,

Na esfera judiciária, o instrumento processual mais importante à disposição do consumidor é a ação civil pública (Lei n.º 7.347/85), para a qual estão legitimados ativamente tanto o Ministério Público como as associações de consumidores constituídas com essa finalidade; por essa via é possível buscar a cessação da veiculação de campanha publicitária considerada abusiva, com pedido de concessão de liminar, a imposição de contrapublicidade e a reparação dos danos causados. Há isenção de custas judiciais e de sucumbência em caso de improcedência da ação, salvo litigância de má-fé. No âmbito criminal, há quatro fatos típicos relativos à publicidade (art.ºs. 67 a 69, CDC), quais sejam:

- a) fazer ou promover publicidade enganosa;
- b) idem em relação à publicidade abusiva;
- c) fazer ou promover publicidade capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial à sua saúde ou segurança;
- d) deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que

dão base à publicidade (RODYCZ, 1994, p. 71-72).

Na esfera administrativa, a publicidade ilícita pode vir a ser objeto de ações de controle por parte dos órgãos administrativos criados para tal fim. Dentre outras sanções administrativas, a lei prevê a possibilidade de imposição de contrapropaganda.

Já no âmbito privado, o controle cabe ao CONAR (Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária), o qual aplica seu Código de Ética. O CONAR pode recomendar a sustação da divulgação de anúncio que considere ofensivo a seu estatuto, bem como impor outras sanções desse jaez (RODYCZ, 1994, p. 72).

A proteção ao consumidor em matéria publicitária advém, portanto, das leis, das entidades estatais e de instituições criadas para sua defesa e do auto-controle de anunciantes e agências de propaganda (CENEVIVA, 1991, p. 88).

5.1 Sistemas de controle

Existem três sistemas de controle da publicidade atualmente em prática em nossa sociedade: o sistema autorregulamentar (privado), o sistema legal (estatal) e o sistema misto.

Conforme Antônio Herman Benjamin:

A grande discussão em torno da matéria nada tem a ver com a ideia de controle em si da publicidade. Ninguém põe em dúvida a necessidade de sua disciplina. A contenda resume-se à escolha do sujeito a quem caberá exercer a tarefa disciplinar.

O controle é mais da publicidade do que propriamente do anúncio. O objetivo maior é o regramento da atividade e não do ato. Este só é atingido na medida em que integra aquela. E, acrescentando-se, o controle não é exercido de maneira isolada sobre a atividade publicitária: insere-se em um contexto mais amplo de disciplina da atividade produtiva e comercial (BENJAMIN, 2007, p. 193).

O entendimento de que a publicidade era uma simples forma de promoção de vendas que não pressupunha qualquer compromisso ou responsabilidade de quem a promovia, está completamente superado em todas as ordens jurídicas que primam pelos interesses dos consumidores. Conforme ensina Valéria Chaise:

Várias práticas e mecanismos do mercado, até as primeiras décadas do século XX eram ignoradas, como as condições gerais de contrato, contrato celebrado mediante formulários e cláusulas predispostas, aliadas à influência que exerce a publicidade para impor uma marca, para orientar o público a utilizar determinado produto, inclusive para despertar a vontade de adquirir bens e serviços que, de outro modo, seriam ignorados. Tudo isso confirma a necessidade, dentro da política de proteção ao consumidor de haver certo controle sobre a publicidade (CHAISE, 2001, p. 24)

Ao elaborar o CDC, o legislador brasileiro conferiu à publicidade a importância que ela tem hoje no mercado.

5.1.1 Sistema autorregulamentar

O Sistema Autorregulamentar consiste no controle interno da publicidade realizado por órgão privado e ligado ao próprio setor publicitário. Nesse sistema, códigos de ética ou de conduta promovem a autorregulamentação ou autodisciplina da atividade.

Valéria Chaise destaca que:

A autorregulamentação foi decorrência da necessidade de manter a confiança dos consumidores nas mensagens veiculadas. Os profissionais da publicidade se aperceberam de que, no momento em que a publicidade deixasse de convencer os consumidores, não mais cumpriria sua função primordial. Um dos objetivos da autorregulamentação, portanto, é melhorar a imagem social da publicidade.

São características fundamentais da autorregulamentação: a) a presença de uma associação de empresários estabelecida segundo

o direito privado e de livre adesão; b) a existência de regras éticas para garantir a correção das mensagens e evitar a arbitrariedade dos órgãos de controle; c) a criação de órgão ou órgãos de controle competentes para vigiar o respeito às regras estabelecidas; d) a capacidade para impor sanções aos infratores; e) a existência de poder de pressão para o cumprimento da sanção (CHAISE, 2001, p. 25-26)

Uma vantagem do sistema autorregulamentar é a possibilidade, que ele traz para o consumidor, de solução de conflito mediante a arbitragem e a composição, evitando as custas e a morosidade do procedimento judicial, tal qual o efeito oferecido por um Termo de Ajustamento de Conduta ao evitar uma Ação Civil Pública junto ao Ministério Público. De outra banda, existe a desvantagem, nesse sistema, da falta de coerção ou de obrigatoriedade de vinculação das empresas e dos profissionais às sanções impostas pelo Código de Autorregulamentação.

No Brasil a autorregulamentação publicitária cabe ao Conselho Nacional de Autorregulamentação publicitária (CONAR), criado em 1980, e é regida pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, que consiste em um conjunto de normas de caráter privado aprovadas por entidades representativas do mercado publicitário. O CONAR é uma associação civil formada por agentes do mercado publicitário, como anunciantes, agências e veículos de comunicação, que, espontaneamente, aderem ao quadro social. Conforme a já referida desvantagem do sistema autorregulamentar, os atos do CONAR não têm força cogente, constituindo-se apenas como recomendações, opiniões, conselhos ou pareceres.

O art. 50 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária prevê certas penalidades aos possíveis infratores, quais sejam: a) advertência; b) recomendação de alteração ou correção do anúncio; c) recomendação aos veículos no sentido de que sustentem a divulgação do anúncio; d) divulgação da posição do CONAR com relação ao anunciante, à agência e ao veículo, através de veículos de comunicação, em face do não acatamento das medidas e provi-

dências preconizadas.

Porém, a imposição de qualquer dessas sanções tem caráter somente moral, já que o CONAR não tem o poder de determinar que uma determinada publicidade ilícita deixe de ser veiculada.

5.1.2 Sistema legal

O sistema legal é aquele pelo qual a regulamentação da publicidade cabe exclusivamente ao Estado, seja por meio da Administração (Poder Executivo), seja por meio dos Poderes Legislativo ou Judiciário. Por esse sistema legal - que se efetiva dentro do subsistema jurídico da teoria sistêmica -, o controle das práticas ilícitas é viabilizado através de normas administrativas ou de leis esparsas ou codificadas.

A grande vantagem do sistema legal é o poder coercitivo emanado do Estado.

Consoante o ensinamento de Valéria Chaise (2001, p. 28), é tão óbvia a necessidade da existência do sistema legal para o controle das práticas publicitárias, que a “Diretiva da Comunidade Econômica Européia nº 84/450 repudia o modelo exclusivamente autorregulamentar e sugere que os Estados-Membros estipulem meios adequados e eficazes para o controle da publicidade enganosa, os quais seriam, em síntese, o controle judicial e o controle administrativo. A Diretiva esclarece, também, que o controle administrativo e judicial não exclui o controle voluntário”.

5.1.3 Sistema misto

Nesse sistema, somam-se o controle voluntário da publicidade (autorregulamentar) com o controle estatal (legal).

Nas palavras de Antônio Herman Benjamin,

Despiciendo dizer que esse é o modelo ideal. Trata-se de modalidade que aceita e incentiva ambas as formas de controle, aquele executado pelo Estado e o outro a cargo dos partícipes publicitários. Abre-se, a um só tempo, espaço para os organismos autorregulamentares (como o CONAR e o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária), no Brasil, e para o Estado (seja a administração pública, seja o Judiciário). Foi essa a opção do Código de Defesa do Consumidor (BENJAMIN, 2007, p. 194).

Segundo Valéria Chaise (2001, p. 25-26), “o CDC adotou o sistema misto, ressaltando-se que o controle estatal, que tem lugar no sistema misto brasileiro, só diz respeito às publicidades abusivas e enganosas”.

Consoante a lição da mestre Judith Martins-Costa:

A alocação, na Lei n.º 8.078/90, do direito dos consumidores à proteção contra a publicidade enganosa e abusiva (art. 6º, IV) e de seus consectários – o princípio da identificação da mensagem publicitária (art. 36), o da veracidade da mensagem publicitária (art. 37, §1º), o da vinculação contratual da mensagem (art. 30), o da não abusividade (art. 37, §2º), o do ônus *probandi* a cargo do fornecedor (art. 38) e o da correção do desvio publicitário (art. 56, VII) – suscitou esforços interpretativos conducentes à definição de certos pontos de apoio ao preenchimento do seu conceito, uma vez que, sob uma mesma expressão, “publicidade enganosa”, visou a lei interditar uma série de práticas faticamente distintas entre si. (MARTINS-COSTA, 1993, p. 79-80)

No Brasil, a parte do controle estatal do sistema misto conta com a Ação Civil Pública como um instrumento fundamental para o controle da publicidade ilícita, para qual tem legitimidade o Ministério Público e as associações de proteção aos consumidores. Conforme Valéria Chaise:

Por essa via, é possível buscar a cessação de veiculação de campanha publicitária considerada ilegal, com pedido de concessão de liminar de plano ou após justificação prévia, devendo, nessa última hipótese, ser citado o réu, conforme o § 3º do art. 84 do CDC. É possível, também, a imposição de contrapublicidade ou contrapropaganda e a reparação de danos morais e patrimoniais causados, conforme o art. 6º, inciso VI do CDC (CHAISE, 2001, p. 31).

A Constituição Federal de 1988 incorporou os interesses coletivos à sua normatividade, seja por tal denominação, seja chamando de *difusos*. Mas também os caracterizou sob outras formas: interesse coletivo na atividade econômica do Estado (art. 173), interesses da coletividade servidos pelo sistema financeiro (art. 192), atividades fundamentais do Ministério Público na defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127), ou na promoção do inquérito civil ou da ação civil pública para proteção dos interesses difusos ou coletivos (art. 129, III).

Outrossim, o art. 5º da Carta Magna, em seu inciso XXI, autorizou mecanismos associativos e deferiu legitimidade às entidades associativas, que podem incluir, entre suas finalidades, a defesa do consumidor, para, em suplementação ao CDC, representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.

O fato de a publicidade abusiva ferir valores sociais faz com que a defesa do consumidor contra este tipo de ilicitude possa ser, também, coletiva. Assim, os Ministérios Públicos Estaduais e Federais e as Associações de Defesa dos Consumidores fazem uso constante de ações civis públicas para atacar publicidades abusivas no mercado brasileiro.

6 Controle da publicidade do tabaco

O tabagismo é considerado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) a principal causa de morte evitável no mundo.² No Brasil, a cada hora, cerca de dez pessoas morrem em decorrência de doenças relacionadas ao fumo. São cerca de 200 mil mortes anuais.³ Além de todos os dramas familiares que as enfermidades causadas pelo tabagismo geram, o custo do tratamento destas doenças representa um grande fardo tanto para os pacientes quanto para o Estado.

Mesmo diante de todos os comprovados malefícios provocados pelo tabagismo, a sua publicidade sempre fora liberada no Brasil. Durante décadas, todas as mídias veiculavam mensagens publicitárias de fumo, cigarros, charutos e assemelhados, avultando o consumo e financiando a produção. A indústria do

tabaco sempre se utilizou de argumentos relacionados a direitos humanos para defender suas práticas e a admissibilidade da publicidade comercial de seus produtos, sem a qual dificilmente teria sido possível a difusão do hábito de fumar na sociedade, com a intensidade com que ocorreu durante todas as décadas de liberação publicitária. Especificamente nessa área – tendo em vista tratar-se de produtos de efeitos deletérios para a saúde –, os atributos de criação artificial de vontade da publicidade foram decisivos para a concretização deste hábito em grande parcela da população.

A premissa arguida pelas empresas do setor sempre foi a de que as pessoas teriam o direito de fumar onde quisessem e, elas, o direito de anunciar seus produtos livremente, em decorrência do exercício da liberdade de expressão, como um dos direitos fundamentais, relacionado à dignidade humana. Assim, à luz tanto do direito da livre iniciativa econômica quanto do direito à liberdade de expressão, a indústria do tabaco acredita-se autorizada a promover livremente a publicidade dos seus produtos.

A respeito do conteúdo da liberdade de expressão constitucionalmente salvaguardada, Daniel Sarmiento assevera que:

Toda e qualquer conteúdo de mensagem encontra-se *prima facie* salvaguardado constitucionalmente, por mais impopular que seja. Aliás, um dos campos em que é mais necessária à liberdade de expressão é exatamente na defesa do direito à manifestação de ideias impopulares, tidas como incorretas ou até perigosas pelas maiorias, pois é justamente nestes casos em que ocorre o maior risco de imposição de restrições, como assentou com propriedade o STF, no julgamento da ADPF 187, que versou sobre a chamada “Marcha da Maconha” (SARMENTO, 2014, p. 256)

No entanto, não se pode confundir liberdade de expressão com liberdade comercial. Diante da necessidade de tutela de bens jurídicos de relevância tal como o da saúde ou do meio ambiente, o direito a liberdade de expressão, mesmo tendo caráter de porte “fundamental”, pode ser relativizado e, assim, sofrer restrições quando seu exercício puder de alguma forma, representar potencial lesivo a outrem. Veja-se, assim, o exemplo de determinados venenos ou

armas de fogo que, embora sejam produtos legais, são perigosos e, por isso, sua publicidade não é permitida.

Nesse sentido Daniel Sarmento preleciona que, não obstante a garantia constitucional da liberdade de expressão,

[...] o próprio constituinte admitiu a instituição de restrições à propaganda em questão (*sic*), notadamente em relação a produtos, prática e serviços que possam ser nocivos a saúde e ao meio ambiente. O constituinte, neste ponto, visou simultaneamente a dois objetivos. Em primeiro lugar, quis corrigir uma assimetria de informações existentes entre o fornecedor e o consumidor, já que estes, muitas vezes, não têm como saber os danos que determinados produtos ou serviços acarretam. As restrições à propaganda, portanto, visam a permitir que o consumidor faça uma escolha mais informada no campo do consumo.

Em segundo lugar, quis o constituinte proteger outros bens jurídicos extremamente importantes na nossa ordem constitucional, como a saúde e o meio ambiente. Infere-se da Constituição uma autorização para que o legislador busque, através da regulação da propaganda, desestimular o consumo de determinados produtos de efeitos deletérios sobre a saúde humana e meio ambiente, como o tabaco. No que concerne ao tabaco, aliás, a interpretação da Constituição deve considerar a Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco, promulgada através do Decreto n.º 5.608/2006, em que o país se compromete internacionalmente a adotar medidas restritivas da respectiva propaganda comercial, haja vista a plena convergência axiológica entre dita Convenção e a nossa ordem constitucional (SARMENTO, 2014, p. 2040).

Ademais, a liberdade de fumar é, na verdade, uma falsa liberdade. Uma vez dependente da nicotina, o fumante não tem mais resguardada sua livre escolha. Sua decisão de fumar passa a ser, então, resultado de sua dependência, enquanto ilusoriamente aparenta ser fruto de uma liberdade de escolha.

São claras, ainda, as evidências dos malefícios causados pelo fumo passivo. Em sua consequência, sete não fumantes morrem por dia. O tabagismo passivo aumenta em 30% o risco de câncer de pulmão e em 24% o risco de infarto.⁴ Isso porque ele aumenta os riscos das mesmas doenças que podem ser

causadas pelo fumo ativo. A mitigação da liberdade de fumar, resultante dos prejuízos potencialmente causados pelo fumo passivo foi, assim, levada a efeito nos últimos anos, consoante uma novel política de desincentivo ao fumo que ganhou força a partir da década de 90 do século passado, coincidindo com a promulgação da legislação anti-fumo. Até então, a publicidade do tabaco sempre foi liberada. Durante as décadas antecedentes, mensagens publicitárias de fumo, cigarros, charutos e assemelhados, eram veiculadas em todas as mídias; da mesma forma, *merchandisings* desses produtos afluíam em filmes, novelas, shows, eventos esportivos e espetáculos dos mais variados gêneros, logrando o mote de conferir ao tabagismo pretensa elegância e charme, coligindo sua glamourização e criando o desejo artificial pelo hábito de fumar, induzindo, assim, o consumo do tabaco. Sobre as técnicas publicitárias de indução ao consumo do tabaco, Fernanda Nunes Barbosa e Mônica Andreis afirmam:

As técnicas de indução ao consumo, na maior parte das vezes, trabalham justamente de forma indireta, por meio da promoção da marca, cuja associação com o produto será feita em momento posterior e, frequentemente, sem a completa e adequada percepção do público alvo. Não fosse o papel da publicidade do tabaco definidor para o seu consumo, não teria, a Convenção Quadro para o Controle do Tabaco, assinada e ratificada pelo Brasil, referido em seu preâmbulo estarem as Partes “seriamente preocupadas com o impacto de todos os tipos de publicidade, promoção e patrocínio destinados a estimular o uso de produtos de tabaco” (BARBOSA; ANDREIS, 2014).

No sistema autorregulamentar, até a década de 70 do século passado não houve experiências significativas no país que apresentassem efetividade no controle da publicidade. No final daquela década surgiu o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, a partir de uma ameaça ao setor decorrente da ditadura militar: o governo federal pensava em sancionar uma lei criando uma espécie de censura prévia à propaganda. Se a lei fosse implantada, nenhum anúncio poderia ser veiculado sem que antes recebesse um carimbo “De acordo” ou alguma chancela de anuência do Estado. Respondendo a tal ameaça, o setor providenciou voluntariamente, em 1977, sua autorregulamentação, sinte-

tizada num Código, que teria a função de zelar pela liberdade de expressão comercial e defender os interesses das partes envolvidas no mercado publicitário, inclusive os do consumidor.

Logo após, em 1980, foi fundado o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), uma ONG encarregada de dar efetividade ao Código.⁵ O Código relacionou, em seu Anexo J,⁶ uma série de restrições à publicidade do fumo, que, no entanto, porque brandas, não lhe representaram reais empecilhos, limitando-se apenas a alguns pontos específicos que não eram, de fato, capazes de intimidar a promoção de tais produtos. Assim, mesmo após a instituição do Código e a criação do CONAR, o marketing do setor continuou produzindo peças publicitárias divulgadas nos veículos de comunicação sem restrições mais severas, e em quaisquer horários.

Contudo, a partir da década de 90 do século passado, com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Restrições mais severas passaram a ser impostas à publicidade do tabagismo na legislação pátria. Assim assevera Wilson Carlos Rodycz (1994, p. 71):

A Constituição brasileira não proibiu a publicidade de derivados do tabaco ou do álcool, nem a propaganda de medicamentos e de produtos genericamente nocivos à saúde e ao meio ambiente. Nos §§3º e 4º do artigo 220, atribui competência ao legislador comum para, através de lei federal, regular as restrições que se imporão à publicidade desses produtos. Essa é a regra verificada também na Europa, onde o Conselho da Comunidade Econômica, com fins de uniformizar as legislações dos países-membros editou várias diretivas, dentre as quais a de nº 89/552, pela qual, embora sem nominar de abusiva, propugnou pela imposição de restrições específicas para a publicidade de bebidas alcoólicas (art. 15), e pela proibição da publicidade televisiva de cigarros e derivados do tabaco (art. 13), bem como a de remédios e tratamentos médicos sujeitos à prescrição médica (art. 14). Alguns entendem que a publicidade de cigarros e bebidas alcoólicas também estaria proibida pela parte final do § 2º do artigo 37 do CDC, que classifica de abusiva a publicidade capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde.

(RODYCZ, 1994, p. 71).

O art. 220 da Constituição, em seu §4º, determina que a propaganda comercial de tabaco esteja sujeita a restrições legais e conterà advertências sobre os malefícios do tabagismo.

Em 1990 foi criado o Código de Defesa do Consumidor (CDC), fruto das disposições constitucionais de proteção ao consumidor, que proibiu a publicidade enganosa e abusiva. E, em 1996 foi promulgada a primeira lei anti-fumo (Lei n.º 9.294/96), alterada, neste século, pelas Leis n.ºs 10.167/00 e 12.546/12, que, aumentando significativamente as restrições ao uso e a propaganda *lato sensu* de tabaco, foi ao encontro do referido §4º do art. 220 da CF/88, passando a ser vedada em todo o território nacional, a propaganda comercial de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumífero, derivado ou não do tabaco. A partir do ano 2000, com a última alteração, promovida pela Lei 10.167/00, as restrições aumentaram, passando a ser admitidos anúncios apenas por meio de pôsteres, painéis e cartazes “na parte interna” dos locais de venda.

A Lei n.º 12.546/12 veio também a alterar a Lei n.º 9.294/96, passando a exigir que, a partir de 2016, seja feita a impressão de um texto de advertência adicional, nas embalagens de produtos fumíferos vendidas diretamente ao consumidor, ocupando 30% da parte inferior de sua face frontal. Atualmente, a lei já determina a inclusão das cláusulas de advertência destacadas em 100% da face posterior e de uma das laterais das embalagens.

Em comparação a todo o longo período no qual o controle da publicidade do tabaco exerceu-se predominantemente com base na autorregulamentação, o impacto causado, em poucos anos, pela legislação promulgada a partir da Constituição Federal de 1988, além de ter evitado um grande número de óbitos, foi em parte responsável pela considerável diminuição do número de fumantes no país. Fato é que um estudo publicado na Revista *PLoS Medicine*,⁷ produzido pelo Instituto Nacional do Câncer (INCA) em parceria com a Universidade de

Georgetown, de Washington (EUA) evidenciou dados de que as restrições e limitações impostas pela legislação visando o controle legal da publicidade do tabaco contribuíram com a queda pela metade no número de fumantes no país nos últimos 20 anos. O estudo aponta que, aliadas a medidas como majoração de impostos sobre o cigarro e restrições ao fumo em ambientes fechados, as leis anti-tabagistas evitaram cerca de 420.000 mortes decorrentes de tabagismo entre 1989 e 2010.

7 Considerações finais

No mundo pós-moderno que vivenciamos, no subsistema da comunicação social, os meios de comunicação de massa, adaptados a uma sociedade consumerista, constituem-se, cada vez mais, em veículos que disseminam a mais variada gama de informações, entre elas aquelas que fomentam o mercado de consumo, instrumentalizando programas de *marketing* e campanhas publicitárias. Nesse contexto, o *marketing* e a publicidade ocupam um espaço muito significativo na conformação do tecido social no qual estamos inseridos. E, na persecução de seus objetivos, a publicidade, não raras vezes, tem lançado mão de recursos ilícitos.

No afã de promover a venda de um produto ou serviço, ou, até mesmo, de arquitetar desejos de forma artificial, ao longo das últimas décadas foram veiculadas várias peças publicitárias viciadas por elementos potencialmente lesivos à sociedade enquanto público-alvo consumidor. Assim é que, no caso do tabaco, a publicidade foi, em grande parte, responsável, durante este tempo, pela indução ao hábito de fumar em uma parcela considerável da população e, mais do que isso, pela difusão de um costume e, mesmo, pela glamorização de uma praxe, o que, de outra forma, sem a alavanca promovida pelas suas técnicas, dificilmente ocorreria.

Durante décadas, no subsistema da comunicação social, o sistema autorregulamentar de controle da publicidade não demonstrou efetividade para

regrar as veiculações de peças de marketing tabagistas de forma a prevenir a disseminação generalizada e indiscriminada do hábito de fumar. A repercussão de tamanha propagação deste hábito foi contundentemente experimentada pela sociedade, chegando a ser percebida como um problema de saúde pública, a partir de todos os efeitos deletérios e de todos os malefícios causados pelo fumo.

Neste caso, verificou-se que o engendramento das técnicas publicitárias em nossa sociedade, típicas do subsistema da comunicação social, gerou repetidas e incisivas irritações no subsistema jurídico, tanto na medida em que foram constituídas as evidências das consequências práticas da generalização do tabagismo, quanto na medida em que o sistema privado (autorregulamentar) de controle da publicidade não demonstrou efetividade na tarefa de administrar as limitações necessárias para evitar tal situação.

Ao analisar as inovações na legislação, decorrentes do ordenamento constitucional instituído em 1988, como o Código de Defesa do Consumidor e, mais explicitamente, as leis anti-fumo, observa-se que, embora o subsistema jurídico funcione em clausura, como os demais subsistemas, seu fechamento operacional não o impediu de responder efetivamente à situação posta na questão aqui abordada. Sua abertura cognitiva foi significativa e suficiente para a formação do acoplamento estrutural que derivou das referidas irritações.

Desta forma, com o incremento regulatório proporcionado, as severas restrições à publicidade do tabaco impostas pela novel legislação (parte legal do sistema misto de controle da publicidade), vêm obtendo êxito, finalmente, na mitigação dos efeitos perniciosos do tabagismo no Brasil, com a considerável redução do número de tabagistas.

Referências

- BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação: direito e dever nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. **Código brasileiro de defesa do consumidor** – comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- MARQUES, Cláudia Lima Marques; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- CENEVIVA, Walter. **Publicidade e Direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- CHAISE, Valéria Falcão. **A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MARTINS-COSTA, Judith. A ambiguidade das peças publicitárias e os princípios do Código de Defesa do Consumidor *In: Revista AJURIS*, n. 59, ano XX, nov. 1993. Porto Alegre: AJURIS.
- MATHIS, Armin. **A sociedade na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Disponível em http://www.infoamerica.org/documentos_pdf/luhmann_05.pdf Acesso em 23 jul 2014.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto. **Código de Defesa do Consumidor interpretado**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 1997.
- RABAÇA, Carlos Alberto e BARBOSA, Gustavo. **Dicionário de Comunicação**. São Paulo: Ática, 1987.
- ROCHA, Leonel Severo. Observações sobre a observação luhmanniana. In ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a auto-poiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativa ao construtivismo sistêmico II. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do Direito**. 2. ed. rev. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

RODYCZ, Wilson Carlos. O regime da publicidade abusiva no Código de Defesa do Consumidor *In: Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

SCHWARTZ, Germano. Autopoiese e Direito: auto-observação e observações de segundo grau. In ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Direito & rock: o BRock e as expectativas normativas da Constituição de 1988 e do junho de 2013**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ZYMLER, Benjamin. **Política & Direito: uma visão autopoietica**. Curitiba: Juruá, 2002.

Notas

¹ Diferente da comunicação, enquanto operação básica de auto-reprodução dos subsistemas da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann, a *Comunicação Social* é entendida, aqui, como o subsistema social composto pelo jornalismo, pela publicidade e propaganda, e pelas relações públicas.

² Fonte: Portal Brasil. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/saude/2009/11/tabagismo1>> Acesso em 04 jun 2014.

³ Fonte: Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva (INCA). Disponível em <<http://www.inca.gov.br/tabagismo/frameset.asp?item=dadosnum&link=mundo.htm>> Acesso em 04 jun 2014.

⁴ Fonte: Portal Brasil. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/saude/2009/11/tabagismo1>> Acesso em 04 jun 2014.

⁵ Fonte: Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR). Disponível em <<http://www.conar.org.br>> Acesso em 07 jun 2014.

⁶ Anexo J:

- Não sugerirá que os produtos possuam propriedades calmantes ou estimulantes, que

reduzam a fadiga, a tensão ou produzam qualquer efeito similar.

- Não associará o produto a ideias ou imagens de maior êxito na sexualidade das pessoas, insinuando o aumento da virilidade ou feminilidade dos fumantes.

- Não sugerirá ou promoverá o consumo exagerado ou irresponsável, a indução ao bem-estar ou à saúde, bem como o consumo em locais ou situações perigosas ou ilegais.

- Não associará o uso do produto à prática de esportes olímpicos e nem se utilizará de trajes de esportes olímpicos para promoção/divulgação de suas marcas.

- Não fará qualquer apelo dirigido especificamente a menores de 18 anos, e qualquer pessoa que, fumando ou não, apareça em anúncio regido por este Anexo, deverá ser e parecer maior de 25 anos.

- Não empregará imperativos que induzam diretamente ao consumo.

- Na publicidade e nas publicações institucionais e legais, bem como nos anúncios classificados de empresas produtoras de derivados de fumo, não haverá obrigatoriedade de inserção de advertência, conforme facultado por lei, desde que as referidas peças não visem a promoção de marcas de produtos destinados ao público consumidor.

⁷ PLoS Medicine – Disponível em <<http://journals.plos.org/plosmedicine/>> Acesso em 03 jul 2014.

O ESTÁBULO DA CASA *KABYLE*: A INSERÇÃO DO ANIMAL NÃO HUMANO NO CAMPO JURÍDICO

Cristian Graebin

Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito do UNILASALLE
Advogado

1 Introdução

Ao tratar dos direitos dos animais não humanos, pode-se verificar uma série de posições filosóficas e jurídicas que, ora defendem a integração total, ora rejeitam este status.

Dentre os sociólogos que tratam de inclusão de agentes ao contexto social (e no caso do presente ensaio do contexto jurídico) Bourdieu – apesar de não ter tratado de suas obras diretamente de direitos dos animais não humanos, trata da inclusão de novos agentes (ou atores) no campo jurídico através de elementos formadores de sua teoria social.

Bourdieu trabalhou como professor de Letras em Argel¹, onde realizou importante estudo sobre o povo cabila ou *kabyle* - um povo berbere que vive no leste da Argélia - onde, através de seu estruturalismo construtivista (diverso do de Levi-Strauss) analisa a moradia deste povo, detraindo daí aspectos que ultrapassam a de uma simples estrutura física e que tornam-se estruturas sociais que definem o modo de viver e pensar deste povo.

[...] esses dois espaços simétricos e inversos não são intercambiáveis, mas sim hierarquizados, sendo o espaço interno precisamente a imagem invertida ou o reflexo num espelho, do espaço masculino. [...] A orientação da casa é primordialmente definida do exterior, do ponto de vista dos homens e, por assim dizer, pelos homens e para os homens, como o lugar de onde saem os

homens (BOURDIEU, 1999, p. 158).

Utilizando-se da mesma sistemática de Bourdieu, os animais não humanos encontram seu lugar na casa *kabyle* (BOURDIEU, 1999), numa posição inferior ao dos humanos, posição esta que não somente é característica deste povo, mas um posicionamento universal, onde existe a dificuldade de efetivação aos direitos dos animais não humanos (para alguns defensores dos direitos dos animais posição classificada como especismo²), ou mesmo da inserção destes num espectro moral e jurídico que possam usufruir destes direitos ou opô-los a quem quiser infringi-los.

Primeiramente Bourdieu (1999, p.147) localiza a posição do estábulo frente à residência, dando uma descrição arquitetônica do local:

[...] o interior da casa *kabyle* tem a forma de retângulo [...] a mais estreita, pavimentada com lajes, sendo ocupada pelos animais.

Aos animais não humanos esta oposição arquitetônica representa na verdade a exclusão destes da esfera moral e jurídica dos humanos, sendo que o único objetivo da existência destes é servir aos homens (BOURDIEU, 1999, p. 148):

[...] a parte baixa, escura, e noturna da casa, lugar dos objetos úmidos, verdes ou crus – jarras de água colocadas sobre bancos na entrada do estábulo de ambos os lados ou contra o muro da escuridão, lenha, forragem verde – lugar também dos seres naturais – bois, vacas, burros e mulas [...] se opõe como a natureza à cultura, à parte alta, luminosa nobre, lugar dos humanos [...]

Utilizando-se dos três elementos da teoria sociológica de Bourdieu – o campo, o habitus e o capital – quais são as possibilidades do ingresso dos animais não humanos no campo jurídico? Como as estruturas sociais (ou teorias sociais) impedem ou dificultam a inserção dos animais não humanos na esfera moral e jurídica?

É muito importante ressaltar que a esfera moral, segundo Habermas, influencia na criação de normas que visam à proteção da dignidade uma vez que

“ordens morais são construções frágeis, que, de uma só vez, protegem o corpo de lesões corporais e a pessoa de lesões internas ou simbólicas” (2004, p. 47). E continua autor “A universalidade das normas morais, que assegura a todos um tratamento igual, não pode permanecer abstrata; ela precisa permanecer sensível para levar em consideração as situações e os projetos individuais de vida de todos os indivíduos” (HABERMAS, 2004, p. 78).

O presente ensaio pretende lançar estas questões através do estudo da descrição do: (i) dos conceitos de pessoa e crueldade e a sua força simbólica; (ii) qual capital tem sido usado para a inserção dos animais não humanos no campo jurídico e qual a influência nos julgados dos magistrados.

2 A força simbólica no campo: o conceito de pessoa e crueldade

A descrição da casa *kabyle* (1999, p. 148) mostra uma clara separação e mais, uma oposição entre o local da atividade humana e o local de habitação dos animais não humanos. Apresenta uma clara noção das condições seculares da desconsideração da dignidade mínima aos animais não humanos, uma vez que considerados pela própria tese cartesiana como autômatos sem alma.

Assim, podemos vê-lo, o muro do *kanun* se opõe ao estábulo como alto se opõe ao baixo (*adaynin*, estábulo, decorre da raiz *ada*, baixo) e o muro do tear ao muro da porta como a luz às trevas: poderíamos ceder à tentação de atribuir a essas oposições uma explicação estritamente técnica, já que o muro do tear, colocado a frente à porta, ela própria virada para o leste, é o mais fortemente iluminado, sendo que o estábulo encontra-se, de fato, situado em desnível num plano inferior (pois, no mais das vezes, a casa é construída perpendicularmente às curvas de nível de terreno, para facilitar o escoamento dos líquidos que se desprendem do estrume e das águas usadas), caso numerosos indícios não viessem a sugerir que essas oposições constituem o centro de feixes de oposições paralelas que não devem jamais toda sua necessidade aos imperativos técnicos e às necessidades funcionais (grifo nosso)

Há na casa *kaibile* uma separação por um muro, o qual se pode definir como a linha divisória de esferas de moralidade diversas: a humana e a dos animais não humanos. A dignidade do animal não humano fica relegada ao que este pode servir ao ser humano (transporte, alimentação, vestuário), acrescentando que nas culturas islâmicas e judaicas³ existe a morte ritual dos animais não humanos, quando estes servem de alimentação aos homens, para evitar ou dirimir ao máximo o seu sofrimento, ou até a sacralização desta morte para se aplacar as consciências.

Porém, há mais para observarmos: é no centro do muro de separação, entre a ‘casa dos humanos’ e a ‘casa dos animais’, que erguem o pilar principal, sustentando a viga mestra e toda a estrutura da casa (BOURDIEU, 1999, p. 150).

Este muro impede que noções como a de o que é realmente crueldade contra os animais não humanos – essencial na tipificação penal de uso de animais em experiências em laboratório – tenham efetividade plena em sua aplicação.

Para Bourdieu (2000, p. 158), o uso de símbolos como “a linguagem, os conceitos, as descrições, as divisões categorias sobre receptores que pouco podem fazer para rechaça-las” é a forma que o Estado usa para a aplicação das normas, em um conceito denominado de violência simbólica. Ela é parte importante da existência do *campo* que “é espaço de atividade social determinado pelas atividades estruturadas e reguladas ao interior do mesmo.” Continua o autor a afirmar que “a existência de um universo social relativamente independente das demandas externas ao interior do qual se produz e exerce a autoridade jurídica, forma por excelência da violência simbólica legítima cujo monopólio corresponde ao Estado, que pode recorrer também ao exercício da força física. As práticas e os discursos jurídicos são, com efeito, o produto do funcionamento de um campo cuja a lógica específica está duplamente determinada: em primeiro lugar, pelas relações de força específicas que conferem sua estrutura e que orientam as lutas ou, com maior precisão, os conflitos de competência que dão nele; em segundo lugar, pela lógica interna das ações jurídicas

que limitam em cada momento o espaço do possível e om este o universo de soluções propriamente jurídicas”

Há dentro do campo – e para fins do presente artigo, o campo jurídico – uma luta pela predominância neste (principalmente no que tange ao domínio dos símbolos) onde “ no campo jurídico se desenvolve um luta pelo monopólio do direito de dizer o direito, isto e, por estabelecer qual é a boa distribuição (nomos) ou boa ordem. Luta em que e enfrentam agentes investidos de uma competência inseparavelmente social e técnica, consiste na capacidade socialmente reconhecida de interpretar (de mais ou menos livre ou autorizada) um corpo de textos que consagram a visão legítima, reta, do mundo social. É somente a condição de reconhecer isto que se pode ser consciente da autonomia relativa do direito e do efeito propriamente simbólico de desconhecimento que resulta da ilusão de sua autonomia absoluta com relação às pressões externas (BOURDIEU, 2000, p. 160).”

Sendo assim, o *principal símbolo linguístico* a ser apropriado e conceituado dentro do campo jurídico, para a inserção dos animais não humanos dentro deste é o conceito de *pessoa*. Qual a sua extensão? Quais as limitações impostas a uma extensão do conceito de pessoa aos animais não humanos? Quais são as posições referentes a este assunto?

Ao tratar da experimentação laboratorial com animais não humanos, transcendendo as conceituações dos filósofos gregos ou de pensadores cristãos medievais, Descartes destaca-se na definição do que o animal seria somente um autômato, sujeitos a processos naturais que o diferenciariam em sua totalidade do ser humano. É no *discurso sobre o método*, Parte V, ao tratar sobre o homem-máquina, que este teria sido criado originalmente sem alma, mas com todas as suas funções orgânicas. Descartes justifica essa hipótese afirmando, ainda,

[...] de nenhuma maneira isso parecerá estranho àqueles que, sabendo quantos autômatos diferentes ou máquinas móveis pode engendrar a indústria humana [...] considerando o corpo animal como uma máquina que, tendo sido obra das mãos de Deus, é sem comparação possível mais bem arrumada e tem em si mo-

vimentos mais admiráveis do que qualquer daquelas que os homens possam inventar. DESCARTES, 2001, p. 62 e 63).

Estas funções não dependem da alma sendo que Descartes conclui que semelhantemente à do funcionamento do homem-máquina é plausível no que diz respeito ao comportamento animal. A organização das funções orgânicas que independem da vontade são semelhantes aos comportamentos instintivos dos animais não humanos, assemelhando estes à máquinas.

O principal argumento de Descartes para a diferenciação entre a máquina e o homem, por um lado, e a semelhança entre a máquina e o animal não humano, reside na incapacidade tanto da máquina quanto do animal não humano de usarem uma linguagem.

[...] contaríamos com dois meios muito certos de reconhecer que nem por isso elas eram homens verdadeiros. O primeiro desses meios está em que jamais seriam capazes de empregar palavras ou outros sinais, compondo-os, como nós fazemos, para transmitir aos outros nossos pensamentos. (DESCARTES, 2001, p. 64)

Sendo assim, para Descartes, a prova de que os animais não humanos não são pessoas é que o fato de que não falam, sendo assim, não pensam:

[...] pois a palavra é o único signo e a única marca certa da presença de pensamento escondida e envolta no corpo; ora, todo homem, seja o mais tolo e mais estúpido, mesmo aqueles que não têm os órgãos da fala, faz uso de sinais, enquanto os brutos nunca fazem qualquer coisa desse tipo; o que pode ser tomado pela verdadeira distinção entre o homem e o bruto. (DESCARTES, 2001, p. 65)

O método cartesiano⁴ é amplamente utilizado na pesquisa científica, sendo que as noções de crueldade em animais não humanos são relativizadas, sendo que somente a ampliação do conceito de pessoa e a inserção dos animais não humanos neste conceito pode trazer a dignidade suficiente a estes.

A filosofia fornece os primados conceituais sobre o que seria a pessoa, conceitos que influenciam conceitos jurídicos e a inserção dos diversos atores no campo. A definição de pessoa proposta por Locke e, até hoje, recorrente-

mente examinada em filosofia: “um ser pensante, inteligente, dotado de razão e reflexão, e que pode considerar-se a si mesmo como um eu, ou seja, como o mesmo ser pensante, em diferentes tempos e lugares” (LOCKE, 1986, p. 318).

A conceituação de pessoa proposta por Locke concede destaque, portanto, à autoconsciência, à capacidade de “reconhecer-se a si mesmo, agora, como o mesmo eu que era antes; e que essa ação passada foi executada pelo mesmo eu que reflete, agora, sobre ela, no presente” (LOCKE, 1986, p. 318).

Locke distingue os conceitos de “homem” e de “pessoa”. A identidade de um homem é nada mais que “a participação da mesma vida, continuada por partículas de matéria constantemente fugazes e que, nesta sucessão, estão vitalmente unidas ao mesmo corpo” (LOCKE, 1986, p. 314).

O homem é, portanto, o corpo biológico. Todos nascem homens. Podem se tornar pessoa, e da combinação destes surge o homem moral, que reflete sobre si, sobre as suas ações passadas e consequências futuras.

Locke destaca ainda que pessoa é um “termo forense reservado para as ações e seus méritos; pertence, pois, somente aos agentes inteligentes e que sejam capazes de conceber uma lei, e de felicidade e infortúnio” (1986, p. 331). Pertence, portanto ao domínio racional.

Encaminha-se, assim, a “pessoa” de Locke, para a esfera da moral. A pessoa, por ter consciência, se desvela a si própria e se “descobre como sendo o mesmo si mesmo que realizou tal ou qual ato há vários anos e por conta do qual é agora feliz ou desgraçado” (LOCKE, 1986, p. 330). Em outras palavras:

Esse ser inteligente, sensível à sua felicidade e à sua desgraça, tem que admitir que haja algo que é seu si mesmo, pelo qual se preocupa e que quer ser feliz; tem que admitir que esse si mesmo haja existido em uma duração continuada por mais de um instante e que, portanto, é possível que possa existir, como existiu, durante meses e anos vindouros, sem que se tenham que colocar limites fixos à sua duração, e que, em virtude de esse si mesmo ter consciência, pode ser o mesmo si mesmo continuado no futuro (LOCKE, 1986, p. 330).

Locke, assim, se diferencia de Descartes ao afirmar que os animais não humanos “têm algumas ideias e não são meras máquinas” e que, por isso, “não podemos negar-lhes que tenham algo de racionais”, porém, nega a possibilidade da extensão do conceito de pessoa aos animais não humanos, pois acrescenta que essas ideias não passam de “ideias particulares, tal como são recebidas pelos sentidos” (LOCKE, 1986, p. 139). E mais: “Estão encerrados dentro desses estreitos limites, e não têm a faculdade de ampliar essas ideias por nenhum gênero de abstração.” (LOCKE, 1986, p. 139).

Retornando ao representado pela casa *kabyle*, o muro que separa a residência dos homens do estábulo no ideário de Locke é a incapacidade de abstração e este seria o marco distintivo perfeito entre homens e animais não humanos. Os animais não humanos “carecem completamente do poder de abstração, e a posse de ideias gerais é o que marca uma distinção completa entre o homem e os animais” (LOCKE, 1986, p. 139). A capacidade de abstração “é uma excelência que, de modo algum, é alcançada pelas faculdades dos animais” (LOCKE, 1986, p. 139). E assevera:

É evidente que não podemos observar nos animais nenhum indicativo de que façam uso de signos gerais para expressar ideias universais; donde temos motivos para imaginar que carecem da faculdade de abstrair, ou de formar ideias gerais, já que carecem do uso de palavras ou de quaisquer outros signos de ordem geral (LOCKE 1986, p. 139).

Para Locke fica evidente que os animais não humanos não atenderiam os requisitos básicos para a adequação ao conceito de pessoa. O animal não humano, embora possa ser racional e possuir ideias, “não compara suas ideias senão com respeito a certas circunstâncias sensíveis expostas pelos objetos mesmos” (LOCKE, 1986, p. 137), não possui capacidade de abstração e, logo, não pode conceber-se a si próprio, como ser pensante, em diferentes tempos e lugares.

Esta assertiva vai ao encontro do que Kant afirma ao distinguir o homem da natureza que aquele possui, enquanto ser pensante ou suprassensível possui um caráter inteligível, que faz com que suas ações sejam livres e autônomas

(1985, p. 466).

Peter Singer converge ao pensamento de Locke no sentido de que há uma distinção entre o homem e pessoa. Conforme sua obra *Ética Prática*, a expressão ser humano possui dois significados diferentes. No primeiro “ser humano” significaria unicamente “ser membro da espécie *Homo Sapiens*” (SINGER 2002, p. 96). Em outra acepção, ‘ser humano’ significaria apresentar “indicadores de humanidade” (SINGER 2002, p. 96). Estes indicadores seriam principalmente a “consciência de si, autocontrole, senso de futuro e passado, capacidade de relacionar-se com os outros, preocupação com os outros, comunicação e curiosidade” (SINGER 2002, p. 96).

Ao considerar não existir equivalência entre as duas acepções (pertencer à espécie *Homo sapiens* é diferente de apresentar indicadores de humanidade), Singer classifica que à primeira situação designa-se “membro da espécie *Homo Sapiens*” e à segunda de “pessoa” (SINGER, 2002, p. 96).

Singer, portanto, ao mesmo tempo em que acolhe a definição de pessoa proposta por Locke, destaca, como os aspectos mais importantes do conceito, a racionalidade e a autoconsciência.

A partir destas distinções iniciais, Singer expõe a ideia de que “alguns animais não humanos são pessoas” (SINGER, 2002, p. 126) pois “alguns animais são seres racionais e autoconscientes, dotados de consciência de si enquanto entidades distintas que têm um passado e um futuro” (2002, p. 120).

No ideário de Singer integrariam o rol de pessoas não humanas, com certeza, todos os primatas superiores (chimpanzés, bonobos, gorilas e orangotangos) e, muito provavelmente, as baleias, os golfinhos, os elefantes, os cães e os porcos.

Singer propõe então, seguindo a linha do presente ensaio, a derrubada do muro da separação da casa *kabyle*, afirmando que as semelhanças biológicas são maiores que as diferenças, devendo ser ignorada a distinção, ou no mínimo o

isolamento da espécie humana como única dotada da dignidade suficiente para ser pessoa:

Nosso isolamento acabou: A ciência nos tem ajudado a compreender a nossa história evolutiva, assim como a nossa natureza e a de outros animais. Livres dos limites da conformidade religiosa, agora temos uma visão nova de quem somos, com quem estamos aparentados, o caráter limitado das diferenças entre nós e outras espécies e a maneira mais ou menos acidental como surgiu a fronteira entre “nós” e “eles” (SINGER, 1997, p. 181).

Pode-se ver claramente nas ideias apresentadas que existe uma contraposição sobre a inserção dos animais não humanos como pessoas no campo filosófico, em conceitos, que remetidos à terminologia de *direitos* influenciam diretamente o campo jurídico.

Conforme Mayra Vergoti Ferrigno (2011):

Quando se vislumbra politicamente a emancipação do poder de certos entes dentro da sociedade, como o “animal, o “meio ambiente”, a “natureza”, ou os “ciborgues”, as ciências que estudam as políticas e os direitos, entre elas a antropologia, precisam se repensar, pois as agências não humanas, anteriormente silenciadas metodologicamente e afastadas do nosso olhar, começam a adquirir voz e se fazerem mais visíveis, seja através de atores humanos, que reivindicam sua visibilidade, seja através de fenômenos sobre os quais os humanos não creem ter muito controle (fatores climáticos, como aquecimento global, ou mesmo tecnológicos, que, aos poucos, se desenvolvem sem consentimento de muitos atores humanos). O uso, na esfera jurídica estatal, de termos como “biocentrismo”, pra defender os direitos animais, contraposto ao antropocentrismo [...].

Este antagonismo de posições produz a complementaridade necessária para a apropriação dos símbolos necessários para conquistar-se o protagonismo do campo jurídico:

“observamos que ao interior do próprio campo jurídico existe uma divisão de trabalho que se determina mediante a rivalidade estruturalmente regada entre os agentes e as institui-

ções comprometias nesse campo, fora de toda concertação consciente, que constitui paradoxalmente a verdadeira base de um sistema de normas e de práticas que parecem fundadas *a priori* na equidade de seus princípios, a coerência de suas formulações e o rigor de sua aplicação e que, ao aparecer assim como participante a vez da lógica positiva da ciência e da lógica normativa da moral, se entende que por isto capaz de impor universalmente seu reconhecimento mediante uma necessidade inseparavelmente lógica e ética (BOURIDEU, 2000, p. 161 e 162).”

O que se denota da discussão? Que a principal luta na inserção dos animais não humanos no campo jurídica, principalmente visando à efetivação de direitos já positivados (como por exemplo, a Constituição Federal) é a apropriação da força simbólica do conceito de pessoa.

O segundo conceito a ser apropriado ou redefinido é o de *crueledade*: quais são seus limites? Pode a crueldade contra animais não humanos ser relativizada?

Historicamente, como já vislumbrado pela visão cartesiana, não haveria crueldade na experimentação científica, pois os animais não humanos são meros autômatos. A própria metafísica kantiana sobre a dignidade da pessoa humana impede que atos contra animais não humanos possam ser classificados como cruéis, já que estes não possuem uma dignidade própria.

Os próprios juristas nacionais, apesar do dispositivo constitucional que condena a crueldade contra os animais não humanos, relativizam o conceito de crueldade.

Em contraposição, juristas, como Steven M. Wise, a crueldade existe quando os direitos fundamentais são desconsiderados, direitos estes que devem estar ligados à sua capacidade de autonomia e autodeterminação. É a autonomia (pois o animal tem interesse não somente em não sofrer, mas em permanecer vivo) e não a capacidade de sofrer que assegura aos animais acesso aos direitos fundamentais. Para Wise um ser possui autonomia quando: (i) possui interesses; (ii) pode intencionalmente tentar satisfazê-los; (iii) possui um senso

de autossuficiência mesmo que mínimo.

Como visto na metáfora da casa *kabyle*, durante toda a existência da civilização humana, os animais não humanos mantiveram-se em uma posição inferior, separados por um muro conceitual em que pessoa é somente o ser autoconsciente.

A evolução de conceitos - principalmente na área da biologia - comprova que a diferenciação entre homens e animais não humanos é mínima, havendo inúmeros relatos de que, pelo menos os mamíferos superiores, são dotados de características mínimas de percepção do mundo exterior além de si mesmos.

“O *efeito de apriorização* que se inscreve na lógica de funcionamento do campo jurídico se revela com toda clareza na linguagem jurídica que, combinando elementos diretamente tomados da linguagem comum e elementos estranhos ao seu sistema, impregna todas suas manifestações de uma retórica de impessoalidade e de neutralidade. A maioria dos processos linguísticos característicos da linguagem jurídica contribuem para produzir efeitos maiores na prática. Um, o *efeito de neutralização*, que se obtém mediante um conjunto de recursos sintáticos que há predominância das construções passivas e voltas impessoais, adequados para ressaltar a impessoalidade da enunciação normativa e para constituir ao enunciante em sujeito universal, tanto imparcial e objetivo. Outro, o efeito da universalização, que se obtém mediante diferentes procedimentos convergentes, como o recurso sistemático ao modo indicativo para enunciar as normas; o emprego de verbos constantivos em terceira pessoa do singular do presente ou do passado composto que expressam um modo perfeito (aceita, confessa, se compromete, declarou, etc.) adequado para a retórica do ditado oficial e do processo verbal; o uso do indefinido (todo condenado...) e do presente atemporal (ou do futuro jurídico), adequados para expressar a generalidade e a omnitemporalidade da norma jurídica; a referência a valores transsubjetivos que pressupõe a existência de um consenso ético; e o recurso a fórmulas lapidadas e fórmulas fixas, que deixam pouco lugar às variações individuais (BOURDIEU, 2000, p. 165)”

Sendo assim, possível apropriar-se da força simbólica ao estender o

conceito de pessoa a animais não humanos, pelas suas características inerentes e ampliação do conceito de dignidade da pessoa humana para além do antropocentrismo clássico.

3 A inserção no campo jurídico: O Capital necessário e a militância judicial

Ao descrever as inserções na casa *kabyle*, Bourdieu (1999, p. 155) assevera:

Qualquer primeira entrada numa casa representa ameaça para a plenitude do mundo interior que os ritos do limiar, ao mesmo tempo propiciatórios e profiláticos, devem esconjurar [...]

Utilizando-se da metáfora da universalidade e simbolismo proposto neste ensaio, pela ótica de Bourdieu (2000, p. 164) os ritos necessários se dão pela via de interpretação dos magistrados, uma vez que,” com efeito, o que se chama de ‘espírito jurídico’ ou ‘sentido jurídico’, que constitui o verdadeiro direito de entrada no campo- junto com um domínio mínimo, obviamente, dos recursos jurídicos acumulados por gerações sucessivas, a saber, do corpo de textos canônicos e do modo de pensar, de expressão e de ação nos quais o cânon se reproduz e que a sua vez o reproduz – consiste precisamente nesta atitude universalizante.”

Desta forma, a efetivação das normas já positivadas ou a (re)interpretação de conceitos que venham a ampliar a compreensão destas normas, vem pela atuação frente aos Tribunais, onde a atividade dos diferentes agentes do campo jurídico buscam a apropriação da força simbólica destes conceitos.

“Os magistrados, por meio da liberdade maior ou menor de apreciação que os deixa na aplicação as normas, introduzem câmbios e inovações indispensáveis para a sobrevivência do sistema, que posteriormente os teóricos deverão incorporar ao mesmo. Por sua parte, os juristas, mediante o trabalho de racionalização e formalização ao que submetem o corpo de normas, representam a

função de assimilação, adequada para assegurar através do tempo a coerência e a constância de um conjunto sistemático de princípios e de regras irredutíveis às vezes contraditórias, completa e, em última análise, impossível de conhecer com detalhe, dos atos de jurisprudência sucessivos (BOURDIEU, 2000, p. 174).”

O capital inclusive influencia no que tange à proteção aos animais não humanos, pois os *hábitos*⁵ diferenciam uns animais de outros, uma vez que existem animais que angariam maior simpatia para a proteção que outros (beagles e ratos, por exemplo).

A casa *kabyle*, o microcosmo representativo de toda a civilização humana, também existem animais e animais: “[...] pois os bois e vacas não passam jamais a noite ao relento, diferentemente dos burros e mulas [...]” o que significa que o próprio ser humano, ao conferir uma certa dignidade aos animais não humanos ainda os diferencia ou pela sua utilidade ou pela sua beleza.

Segundo Vera Regina Pereira de Andrade (2006):

Sem dúvida, das violências denunciadas, “Eles” foram os condenados ao maior silêncio, à menor possibilidade de resistência, e por tempo mais duradouro, muito mais duradouro, bem como têm sido o ancoradouro de todas as outras formas de violência denunciadas, num único corpo indefeso, seres coisificados. No mundo animal, se reproduz a violência de classe, existindo animais ricos, remediados, pobres e completamente excluídos. Falando, sobretudo de cães e gatos, existem animais que desfrutam das delícias do consumo desenfreado de seus donos, consumidores ávidos de Pet shop que não param de se multiplicar, pois o mercado capitalista não poderia deixar de descobrir esta mercadoria tão lucrativa do bicho sacralizado. Existem animais de classe média que desfrutam o conforto razoável que seus próprios donos têm e ainda o afeto necessário como alimento vital. Mas existem os cachorros e gatos pobres, abandonados e dispersos que, com o olhar perdido, não raro acompanhando os cavalos de carroça, na lida dolorosa sobre seus ombros calejados pelo peso das cargas sem fim, pelas ferraduras e os freios, pela dureza das ferragens, pela repetição dos golpes que exigem o trote sem fôlego e o implacável cansaço da sede e da fome.

Bourdieu, na sua obra *O Poder Simbólico* (2004) afirma que “pode-se assim representar o mundo social em forma de um espaço (a várias dimensões) construindo na base de princípios de diferenciação ou de distribuição constituídos pelo conjunto das propriedades que atuam no universo social considerando, quer dizer, apropriadas a conferir, ao detentor delas, força ou poder neste universo”. Isto significa dizer que a inserção e a importância de um agente no campo jurídico é o poder adquirido por este.

A força adquirida como já vista, dá o direito da apropriação da força simbólica dos conceitos, no caso deste ensaio, de conceitos jurídicos. Mas previamente, um *capital* deve ser adquirido. Para Bourdieu “o capital é simbólico, social, que vem referido a uma forma de riqueza que não tem a ver com os meios de produção físicos ou dinheiro, mas com a acumulação de conhecimento, prestígio, reputação, títulos acadêmicos, favores ou autoridade”.

Historicamente, o capital nos movimentos sociais tem sido adquirido pela adesão ao ativismo (voto feminino, trabalhadores, direitos civis aos negros) que à medida que lançam novas reivindicações, alertam a sociedade e vão rompendo barreiras e conseguindo novos adeptos.

Em conformidade com Helena Silverstein (*apud* GORDILHO, 2008), os ativistas pelos direitos dos animais agem tanto na perspectiva constitutivista quanto instrumentalista. Na perspectiva constitutivista, procuram ampliar os efeitos jurídicos das normas através da criação de novos significados e caminhos jurídicos. Na perspectiva instrumentalista buscam explorar os efeitos indiretos dos litígios.

Este ativismo, um tanto pela insistência na atuação jurisdicional visa a formação de um novo sistema legal. Conforme Bourdieu (2000, p. 168):

“A elaboração de um corpo de regras e de procedimentos com pretensão universal é o produto da divisão do trabalho que resulta da lógica espontânea que se produz pela rivalidade entre diferentes formas de competência profissional, antagonistas e complementares, que funcionam por sua vez como capital espe-

cífico e se encontram também associadas a posições diferentes no campo.”

Sendo assim, presentes estão os atores e seus antagonismos: ativistas dos direitos dos animais, laboratórios farmacêuticos e indústrias de cosméticos ou até entes públicos. O que, em conformidade com o posicionamento de Bourdieu “deve observar-se também o antagonismo estrutural que, nos sistemas mais diversos, opõe as posições dos ‘teóricos’ dedicados à pura construção doutrinal, a posições dos ‘práticos’ preocupados exclusivamente pela aplicação. É este antagonismo em que se encontra também nas origens de uma luta simbólica permanente em que se enfrentam definições diferentes do trabalho jurídico como interpretações autorizadas dos textos canônicos”.

Como já citado os agentes que fazem a pesquisa com animais não humanos possuem um capital acumulado da longa tradição - a estrutura da casa *kabyle* - sobre o método científico e o uso dos animais não humanos. A inserção dos animais não humanos no campo jurídico depende de uma apropriação de capital através da força simbólica dos termos pessoa e crueldade.

A significação prática da lei não se determina realmente, mas dentro da confrontação entre os diferentes corpos (magistrados, advogados, notários, etc.), animados por interesses específicos divergentes (BOURDIEU, 2000, p. 168 e 169).

A informação tem sido a forma de apropriação de capital – no caso a simpatia a causa dos direitos dos animais não humanos – que leva a sucessivas vitórias na via judicial, principalmente na incorporação dos animais não humanos ao conceito de pessoa e a ressignificação do conceito de crueldade.

Dois claros exemplos são do famoso “Caso Suíça”, Habeas Corpus nº 833085-3/2005, onde uma chimpanzé foi admitida como sujeito de direito em uma demanda judicial, inserindo os animais não humanos ao conceito de pessoa, e o REsp 1115916 / MG, onde o conceito de crueldade é aplicado na terminologia da Declaração Universal dos Direitos dos Animais⁶, onde este não é relativizado. O antagonismo de posições é benéfico, pois são desta forma cons-

troem novas estruturas de pensamento ao fornecer aos magistrados elementos suficientes para o julgamento.

“O antagonismo entre os detentores de diferentes tipos de capital jurídico, que usam interesses e visões muito diferentes em seu trabalho específico de interpretação, não exclui a complementaridade de suas funções e de fato serve como base de uma forma sutil de ‘divisão de trabalho de dominação simbólica’ no qual os adversários, objetivamente cúmplices se ajudam mutuamente (BOURDIEU, 2000, P. 168).”

Aqui, temos em Bourdieu (2000) a centralidade das decisões dos magistrados, pois é deles a imposição de novos significados a signos já estabelecidos, *presentando* conceitos ao tempo/espaço que está inserida a situação social, pois “a interpretação causa uma *historização da norma*, ao adaptar as fontes à circunstâncias novas, descobrindo nelas as possibilidades inéditas e deixando um lado àquele que está passado ou caduco” e prossegue:

“A decisão judicial condensa toda a ambiguidade do campo jurídico, é um compromisso político entre exigências irreconciliáveis que, contudo, se apresenta finalmente como uma síntese lógica entre teses antagônicas. Deve sua eficácia específica ao fato de que participa por sua vez da lógica do campo político, que se caracteriza por sua oposição entre os amigos (ou aliados) e os inimigos, e tende a excluir a intervenção arbitral de um terceiro, e a lógica do campo científico que, quando alcança um alto grau de autonomia, tende a conferir primazia prática a oposição entre verdadeiro e falso, concedendo um poder arbitral de fato ao acordo entre pares (BOURDIEU, 2000, p. 185).”

4 Conclusões

O domínio dos símbolos linguísticos dá ao detentor deste domínio a força de normatizar, ou para além das normas, ditar como estas devem ser interpretadas. Na ótica da submissão dos animais não humanos – simbolizado aqui pela posição inferior destes na casa *kebyle* - frente ao uso por muitas ou todas às vezes cruel no que se refere à experimentação científica, a luta contra

um antagonismo insuflado por um capital de séculos de tradição filosófico-jurídica, somente é possível através da obtenção de poder sobre conceitos-chaves.

A consideração dos animais não humanos em uma esfera moral ampla, biocêntrica, somente se dará pela apropriação do conceito de pessoa, o que os tornaria sujeitos de direitos subjetivos, com base na definição de que além de quererem evitar o sofrimento, estes querem viver, através de características que os tornam minimamente autônomos.

Isto permite o ingresso no campo jurídico, para fins de fazer valer um conceito diferenciado de crueldade, onde esta não é classificada com tal quando há abuso do uso, mas quando da conflagração de dor e/ou angústia no ser vivente.

Tal capital adquirido é o caminho possível para a inserção definitiva no campo e a oposição para uma *historização* das normas existentes que apresentam a nova visão biocêntrica e de ampliação do conceito de dignidade de todos.

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A Sociedade Espelhada; o Humano e o Animal – Manifesto pela libertação animal. Disponível em http://www.geocities.ws/criminologia.critica/artigos/humano_animal.pdf, acesso em 30/07/2014.

BOURDIEU, Pierre. A casa *kabyle* ou o mundo às avessas. Tradução de Claude G. Papavero. **Cadernos de Campo** (São Paulo, 1991), 1999 - revistas.usp.br

_____. **O Poder Simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Disponível em http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/87648/mod_resource/content/1/Espac%CC%A7o%20social%20e%20ge%CC%82nese%20das%20classes.pdf, acesso em 20/07/2014.

_____. Elementos para uma Sociologia del Campo Juridico. **La fuerza del**

derecho. Bogotá: Instituto Pensar, 2000.

GORDILHO, Heron José de Santana. Darwin e a Evolução jurídica *Habeas Corpus* para Chimpanzés. **XVII Congresso Nacional do CONPEDI**. Brasília. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

HABERMAS, Jürgen. 2004. **O futuro da natureza humana**. São Paulo, Martins Fontes.

FERRIGNO, Mayra Verggotti. **Direitos Animais e o Remodelamento das fronteiras da políticas entre os mundos humano e não humano**. Disponível em http://www.antropologias.org/seminarioppgas/files/2011/10/VERGOTTI_Mayra_trabalhocompleto.pdf, acesso em 29/07/2014.

LOCKE, John. **Ensayo sobre el entendimiento humano**. México, Fondo de Cultura Económica. 1986.

_____. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo, Martin Claret. 2003.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Direito dos Animais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

REGAN, Tom. A outra vítima. In: Michael PALMER (org.), **Problemas morais em medicina**. São Paulo, Edições Loyola. 2002

_____. Statuo etico degli animale. In: G.R. RUSSO (org.), **Bioetica animale**. Torino, Editrice Elle Di Ci. 1998.

ROCHA, Ethel Menezes. **Animais, homens e sensações segundo Descartes**. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-512X2004000200008&script=sci_arttext, acesso em 28/07/2014.

SINGER, Peter. *Ética Prática*. São Paulo, Martins Fontes. 2002.

_____. **Repensar la vida y la muerte: el derrumbre de nuestra ética tradicional**. Barcelona/Buenos Aires/México, Paidós. 1997.

WISE, Steven. **Rattling the Cage**. Cambridge: Perseus Books, 2000.

Notas

¹ Extraído de <http://www.infoescola.com/biografias/pierre-bourdieu/> visualizado em 28/07/2014.

² Posicionamento ético onde somente os integrantes podem ser considerados iguais (ver mais em GORDILHO, 2006).

³ Alimentação *kosher e halal*.

⁴ Ou ceticismo metodológico, onde a dúvida impera até a prova irrefutável, pensamento basilar do método científico.

⁵ “A formação de maneiras de compreensão, de juízo e de atuação que surgem do pertencimento dos sujeitos a distintos campos sociais. As diferentes condições sociais de existência dariam lugar a hábitos distintos dos indivíduos, que contribuíram a reforçar sua relevância a um determinado grupo e a diferenciá-los de outros grupos em que os hábitos são diferentes.

⁶ Artigo 3º 1. Nenhum animal será submetido nem a maus tratos nem a atos cruéis

DIREITO À CIDADE

Rodrigo Westphalen Leusin

Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito do UNILASALLE
Advogado

Sérgio Urquhart de Cademartori

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito do UNILASALLE

1 Introdução

Preocupando-se com as consequências do abandono da cidade enquanto espaço de produção política e cultural, a partir da denúncia de David Harvey sobre a violação histórica do direito à cidade e da liberdade à cidade (HARVEY, 2013), este ensaio tratará da temática sob o prisma da teoria garantista de Luigi Ferrajoli, considerando, especialmente, as definições e críticas elaboradas na quinta e última parte da célebre obra “Direito e Razão”, livro publicado na Itália em 1989. Lembre-se que a referida última parte trata de uma teoria geral do garantismo.

David Harvey indaga, fundamentalmente, quais condutas a adotar diante de cidades que se transformam alheias aos nossos desejos de refazimento próprio, alheias à sustentabilidade da vida, de maneira não emancipatória ou “civilizada”. Então, preocupa-se com a criação de espaços urbanos de uso comum, de esferas públicas de participação democrática, e, portanto, com a garantia da liberdade e da convivência pacífica, no ambiente privatizante “pregado” pelo neoliberalismo.

Responde, inicialmente, dizendo que não se deve acovardar os sentimentos, que é necessário conflito e luta política/social, para garantir o direito à cidade, garantido pela liberdade à cidade, que nada mais é do que o direito aos

espaços, convivências e definições do nosso próprio modo de viver.

Estabelece, entretanto, que o direito à cidade não pode ser concebido como mero direito individual, pois ele requer um trabalho coletivo e a formação de direitos políticos coletivos ao redor de solidariedades sociais.

A tarefa proposta pelo professor britânico é transformar a cidade de acordo com as necessidades da coletividade, expandindo as esferas da liberdade e dos direitos para além da redução proposta pelo neoliberalismo.

No Brasil, onde pelo menos desde a década de 60 do século XX, as populações urbanas têm crescido a ponto de predominarem sobre as rurais e onde ocorre intensa verticalização das construções e privatização dos espaços públicos urbanos de convivência e comunicação, o debate é importante, especialmente em um período em que se propõe uma reforma política constitucional e é crescente a insatisfação popular a respeito dos direitos sociais. É na seara de discussão referente aos direitos sociais que se insere a doutrina de Luigi Ferrajoli, pela sua abordagem garantista dos direitos.

A partir de um debate com conceitos ferrajolianos de igualdade, liberdade e democracia, verificar-se-á a efetividade ou possibilidade de efetividade do direito à cidade e da liberdade à cidade, no sentido de que o direito à cidade é o direito de liberdade de manifestação e de debate público sobre os caminhos da civilidade.

2 O direito à cidade - Harvey

É possível obter nas ideias de David Harvey a compreensão de que o direito à cidade corresponde à garantia do espaço de discussão, de reunião e de conflitos de opinião, ou de exercício das liberdades políticas, em especial da cidadania. O autor refere-se, também, à liberdade de divergência no momento de decidir a respeito do refazimento das cidades, enquanto espaços da vida. Nesse espaço de liberdade para conflito, “onde novas concepções e configurações da

vida urbana podem ser pensadas e da qual novas e menos danosas concepções de direitos possam ser construídas repousa e constitui o direito inalienável à cidade” (HARVEY, 2013, p. 13).

É uma decorrência e condição desse direito à cidade, o exercício das liberdades, em especial daquelas liberdades que se referem ao direito de cidadania. Todavia, a coalizão de forças que instituem uma economia de mercado e que elevaram o crescimento da urbanização a um ritmo frenético, aliena os homens, por não perceberem eles a construção da cidade de forma irrefletida e alheia a seus desejos.

A aceleração dos processos de urbanização contribuem para a depreciação do meio ambiente, para a privatização do espaço público – como os espaços de lazer, que se recriam em parques pagos dentro de *shoppings centres* – gerando pobreza, exclusão e segregação social. Cidades rachadas, concentradoras da riqueza, confinam seres em espaços privatizados e nesses permitem restaurar o poder de classe, discriminam e alienam os trabalhadores de suas próprias realizações, sinalizando um mundo de infelicidade.

Sugere Harvey que o enfrentamento transformador dessa realidade imposta, depende do engajamento político e de ações diárias de quem pretende transformá-la, pois o direito à cidade, ou mais, o direito à mudança das cidades não é um direito abstrato, mas um direito realizado na prática, cotidianamente. (HARVEY, 2013, p. 54).

Ocorre que a transformação das regras democráticas a partir da cooptação econômica da política praticada pelo mercado, a prevalência dos conceitos de governança sobre os referentes a governo, a prioridade absolutista dos direitos individuais sobre a democracia, leis feitas sem transparência e sem conexão à soberania popular ou sem instituições que garantam sua efetividade, tomaram o lugar das “capacidades deliberativas baseadas em solidariedades sociais”. (HARVEY, 2013, p.32)

Assim, não se estabelecem as bases sociais para a recuperação da sobera-

nia popular sobre os parlamentos, hoje notadamente, e não por acaso, o mais fraco dos poderes do estado, que se submeteu aos fisiologismos praticados nas esferas dos demais poderes públicos e privados.

3 A problemática em Ferrajoli

Para Ferrajoli (2006, p. 733), os direitos de liberdade, assim como os direitos sociais, formam uma categoria aberta, tanto em número, como em variação no tempo e no espaço, não só conforme as culturas, mas também de acordo com as ameaças às condições de vida: por exemplo, os direitos de proteção ao meio ambiente são criação recente, porque as verificações quanto à destruição do planeta são relativamente novas.

A hipótese de trabalho, então, é verificar se dentre esses direitos fundamentais, pode-se falar de um *direito à cidade*, enquanto condição do exercício da liberdade e corolário dos diversos direitos correlatos à cidadania. Com efeito, está previsto no artigo 182 da Constituição Federal brasileira:

Art. 182, CF/88. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei têm por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Ora, as funções sociais da cidade e o bem estar dos habitantes são condições de realização da dignidade da pessoa humana e, portanto, dos direitos fundamentais.

Segundo Ferrajoli (2006, p. 757), a democracia é o regime político que viabiliza a solução pacífica dos conflitos e consequentemente transformações sociais e institucionais. A democracia garante a luta pelos direitos e os direitos garantem a democracia: uma oferece aos outros os espaços e os instrumentos jurídicos, que são essencialmente os direitos de liberdade; a outra assegura aos direitos e à democracia os instrumentos sociais de efetiva tutela e alimentam-

lhe o desenvolvimento e a realização.

O contrário disso, ou seja, a intolerância aos conflitos e a consequente inefetividade dos direitos fundamentais representa parte do ideário de um regime autocrático. É claro que a liberdade, mesmo individualmente exercitada, equivale sempre a formas de contrapoder. Mas apenas se exercitada coletivamente dá vida a contrapoderes sociais baseados na direta e igual participação dos seus titulares, e por essa razão, dotados de forças de pressão, de negociação e de controle em condições não apenas de orientar os poderes institucionais à satisfação dos direitos reivindicados, mas também de impedir-lhe as degenerações autoritárias. Sem essa força social externa ao sistema político, os poderes institucionalizados tendem, no longo prazo, ao autoritarismo.

Por mais aperfeiçoadas que sejam as formas jurídicas da democracia representativa e do Estado de direito, estes são impotentes, de per si, para vincular os poderes públicos e privados e para sempre impedir que eles – mediante rupturas evidentes ou regressões latentes – se acumulem de forma absoluta e se rendam às carências e correspondentes direitos (FERRAJOLI, 2006, p. 757).

Observe-se, então, o ponto de contato entre a leitura ferrajoliana e as preocupações e propostas de David Harvey. Ferrajoli assume que toda a construção jurídica de um sistema de direito, ou de uma teoria de direito, que sustenta o Estado de Direito depende do mútuo diálogo entre as forças de luta pelos direitos e a democracia, porquanto um é alimento do outro (FERRAJOLI, 2006, p. 758). Assim, o espaço público de manifestação política, uma cidade que represente os direitos de igualdade, liberdade, de dignidade exige garanta-se a participação instantânea e constante do povo nas decisões que afetam a sua forma e assim, portanto, exige garanta-se o próprio espaço.

Escreve Ferrajoli:

Isso quer dizer que a democracia é o fruto de uma constante tensão entre poder político-representativo, que se identifica com o Estado, e poder social-direto, que se identifica com o exercício da liberdade em função de permanente alteridade e oposição.

Entendidas nesse sentido, “democracia representativa” e “democracia direta” não constituem dois modelos alternativos de democracia, mas são, ao invés, uma sustentação da outra. Na ausência de democracia direta, a democracia representativa pode valer-se apenas de um consenso vazio e passivo, além do que exposta a todas as possíveis aventuras e perversões. Na ausência de democracia representativa, a democracia direta é destinada a voltar-se sobre si mesma, reproduzindo no seu interior as formas de representação e sucumbindo no longo prazo por defeito das garantias jurídicas e políticas. (FERRAJOLI, 2006, p. 757).

O contato entre a denúncia e o parecer de Harvey com a inter-relação necessária entre democracia representativa e democracia direta verificada por Ferrajoli é evidente. Ocorre que as mudanças progressivas no direito positivo – inclusive em prol da positivação das garantias desses direitos – dependem dos movimentos de lutas pelos direitos, pois essas são os caminhos, ou melhor, os transportes que comunicam as necessidades vitais não satisfeitas. E essa dependência do exercício da soberania popular direta, não implica apenas para o aperfeiçoamento do direito positivo, mas também para a elaboração das garantias legais dos direitos reconhecidos, tanto em nível constitucional como ordinário, e ainda provoca a sensibilidade das jurisprudências perante o acionamento judicial decorrente da violação de direitos positivados ou garantidos.

Vedados os espaços dos direitos fundamentais sobre os quais ninguém pode decidir, seja através dos instrumentos da democracia representativa, ou mesmo da democracia direta, a força e o êxito da luta social é a capacidade de influenciar legislação, jurisdição, governo e administração em prol da democracia. De outro lado, a falta de saídas – saídas que somente podem existir mediante o exercício do direito à cidade – é a sua fraqueza, assim como, talvez com prejudicialidades ainda mais profundas, é a falta de objetivos institucionais para garantir e estabilizar as instâncias de poder em normas positivas.

4 A fraqueza institucional

A Constituição Brasileira de 1988 estabeleceu no seu capítulo II, do títu-

lo VII, as bases normativas da Política Urbana no Brasil. Dividiu as premissas constitucionais relativas à área em dois artigos, definindo no artigo 182 os objetivos a serem atingidos mediante as políticas urbanas.

Desde então, para efetivar as funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, muitos avanços ocorreram. O Estatuto da Cidade e os consequentes planos diretores, o Ministério das Cidades, Conselhos da Cidade, financiamentos com mecanismos específicos para a habitação popular (do qual é exemplo o atual programa de construção de casas populares *Minha Casa, Minha Vida*), demonstram essa evolução normativa.

Todavia, o modelo de política de coalização, meio viável da governabilidade, mas inviável no aspecto ético, fomentou a disputa pelo modelo de urbanismo e democratização da gestão operacional desses avanços. Assim, o Ministério das Cidades foi rogado a interesses especulativos e imediatistas, o programa *Minha Casa, Minha Vida* foi estruturado pelo governo, mas a partir de pesada influência do setor da construção civil e, portanto, ignorando os mecanismos de participação democrática da população. Ainda, literalmente, esvaziou-se o Fundo Nacional de Habitação, pois ficou sem “fundo” e, o programa Minha Casa, Minha Vida, restou sem controle pela sociedade (BAVA, 2013, p. 5). Os planos diretores, por sua vez, ou foram solenemente ignorados, ou alterados conforme os interesses do setor da construção, hábil na cooptação do poder legislativo nos municípios.

Diante desse panorama, distorceram-se os avanços obtidos pela implementação legal e administrativa das normas regulamentadoras da genérica previsão constitucional. O resultado dessa institucionalidade inefetiva, que não garante os direitos positivados e que expõe o Estado à ilegitimidade, é a causa do incipiente movimento social que em junho de 2013 apontou nas ruas das principais cidades brasileiras. Ruas de cidades que sacrificam seus cidadãos através de uma lógica de concentração de riqueza, de pessoas, sem oferecer espaços físicos para manifestação das infinitas capacidades artísticas e políticas do ser humano. Sem oferecer, sequer, condições de viver, de se comunicar, de ir e vir,

em cumprimento às funções sociais da cidade e em atenção à obrigação constitucionalmente prevista de proporcionar o bem estar.

Apresenta-se cidades totalitárias, que buscam segregar os cidadãos, evitar as tensões e conflitos criativos, confinando-os em corredores que direcionam a uma só finalidade, o consumo. São os corredores formados pelos muros dos condomínios, escassamente interrompidos por praças, ora insuficientes, ora desestruturadas e abandonadas, pelos muros dos *shoppings centres*, todos conduzindo ao repouso estéril de moradias diminutas, aos espaços de trabalho e, por fim, ao local de desperdício desse trabalho, o consumismo inveterado. São cidades que tendem a afastar as pessoas, a criar condições de comunicação direcionadas a atividades de mercado pré-programadas e que enfraquecem o ciclo virtuoso da democracia, estabelecendo as condições da prevalência de um modelo único de mercantilização da vida.

5 Garantir a *Civis*

Do latim, *civis* significa cidade ou civilização. Refere-se explicitamente à cultura das cidades. Essa ideia foi resgatada por Karl Marx, que asseverou que a sede da civilização antiga era a cidade. Aristóteles, por sua vez, atribuía ao termo *zoon politikon* a ideia de que o homem é um habitante das cidades. (WILLIAN, BOTTOMORE, 1996, p. 88). A cidade é o espaço por excelência do exercício político e assim da cultura e do direito.

Diante de um Estado que contemplam todos os avanços morais e jurídicos adquiridos dos modelos liberal e social, o Constitucionalismo contemporâneo apresenta Constituições que garantem as esferas políticas dos cidadãos, limitando o poder do estado tanto internamente, quanto externamente. Também garantem os direitos civis, acolhendo-os de uma tradição liberal que há muito os protege, com base em culturas (saberes), instituições e direito positivados.

As constituições contemporâneas também definem os direitos sociais de modo universal, programando o desenvolvimento de um estado mais comple-

xo, provedor desses direitos. Até cria instrumentos, como o Mandado de Injunção, para que se obrigue o Estado legislador a positivar as regras necessárias para sua efetivação.

Todavia, a cultura e o saber, as instituições e o direito consolidados teimam em não avançar em prol da realização desse Estado Constitucional Democrático, porque ainda arraigados e apoderados nas pretensões burguesas setecentistas, situação que provoca a crise do Estado e, portanto, do Direito, deslegitimando-o pela inefetividade em concretizar, mesmo no mínimo necessário, os direitos sociais.

Como descrito no tópico anterior, o direito à cidade, quiçá um hibridismo entre direito social e direito liberal, ainda que conte com previsões normativas constitucionais e ordinárias, é violado pelas forças do mercado, sem reação social ou institucional suficiente para isso evitar.

Cria-se então um espaço de omissão, entre os princípios constitucionais e a ausência das regras de suas efetivações, onde inserem-se outros poderes. Assim, parcela desse espaço é ocupada pelo Poder Judiciário. Todavia, baseando-se numa pretensa concepção neoconstitucionalista, esse poder se vê dotado de uma pretensa legitimidade para criar o direito, a partir do caso concreto até o nível de controle de constitucionalidade (controle concentrado e difuso de constitucionalidade), a partir da consideração de que os princípios constitucionais são o sucedâneo dos princípios gerais do direito ou como sendo o “suporte dos valores da sociedade”. (STRECK in FERRAJOLI, STRECK, TRINDADE, 2012, p. 11). Ou seja, não se trata de uma representação democrática legítima, sequer representativa, muito menos direta.

Nesse diapasão, considerando-se a cidade como o espaço por excelência da produção da cultura, da política e do direito, propõe-se a construção a partir da teoria garantista de Luigi Ferrajoli de um lastro institucional, a partir de marcos legais, que garanta os espaços públicos urbanos condições de propiciar o encontro da coletividade social e que limite a capacidade privatizante do mer-

cado e de atores desinteressados nos potenciais transformadores decorrentes do exercício coletivo das lutas civilizatórias e cidadãs.

6 Considerações finais

Foi referido acima que o constitucionalismo contemporâneo garante a esfera de participação política do cidadão. Essa esfera, teoricamente garantida, tem uma representação física, para além da norma escrita – é a cidade.

A pressão das ruas pede a democratização do sistema político, luta por assegurar a participação cidadã na gestão pública. A forma de governar não pode mais ser hierárquica, centralizada, autoritária, burocrática, suscetível as manobras das elites detentoras dos meios de produção e do mercado. (BAVA, 2013, p. 5)

Trata-se de promover uma prática inovadora capaz de criar instituições públicas que impeçam a corrupção, garantam a participação, a representação e o controle dos interesses públicos e dos direitos pelos cidadãos. Numa palavra, uma invenção democrática. (CHAUÍ, 2013)

Portanto, a importância do direito à cidade e da sua garantia está intimamente ligada à esfera da liberdade política, às liberdades de expressão e de opinião, sem as quais não temos democracia. Ocorre que quando os mecanismos jurídicos de exercício dos direitos políticos, liberais ou sociais, não bastam para que se garanta a sua efetividade, resta ao povo a cidade, as ruas. Além de ser o espaço de convívio, é o espaço da expressão e da realização das causas das irresignações sociais.

Referências

- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito; traduções e notas Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 1995.
- CADEMARTORI, Sergio. **Estado de Direito e Legitimidade**: Uma Abordagem Garantista. 2.^a ed. atualizada e ampliada. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 7.^a edição (2.^a reimpressão), 2006.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação história dos direitos humanos**. 7. ed. 3. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e ampl. Tradução: Ana Paula Zomer Sica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. **Democracia y garantismo**. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2008.
- _____. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Edição digital. Tradução: Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- _____. **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Organizadores Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, André Karam Trindade, Alexandre Moraes da Rosa, Alfredo Copetti Neto, Carlos Luiz Strapazzon, João Maurício Adeodato, Rafael Tomaz de Oliveira, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- _____. **Derecho y razón**, 9. ed. Madrid, Trotta, 2009.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- HARVEY, David [*et al.*]. **A liberdade da cidade, in Cidades Rebeldes**: Passe Livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil, São Paulo: Boitempo: Carta Maior, 2013.

LE MONDE DIPLOMATIQUE BRASIL, Ano 7, Número 73, Agosto de 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. **Retos de una nueva institucionalidad estatal**. In Neoconstitucionalismo y Sociedad, org. Ramiro Ávila Santamaria. Série Justicia Y Derechos Humanos, Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. Tradução de Denise Bottman e Ricardo D. Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

STRECK, Lênio Luiz / MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.

SOCIEDADE, ESTADO E PRODUÇÃO DO DIREITO CONTEMPORANEO: POLICONTEXTURALIDADE, DIREITO ESTATAL E CONSTITUIÇÕES CIVIS

Marcelo Maduell Guimarães

Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito do UNILASALLE
Bolsista FAPERGS

1 Introdução

Um dos pressupostos da ideia que será reproduzida nesse artigo é o da superação da racionalidade jurídica moderna. Instituições, como estado, nação, povo, território e constituição, buriladas pela modernidade por uma *ratio* caracterizada, por exemplo, no caso das constituições, por supremacia, hierarquia e verticalidade, hoje são transformadas e ressignificadas pelo sistema social. No direito, essas instituições seguem, ainda, praticamente iguais, tal como velhos cisnes ônticos, mas inevitavelmente singrando um novo lago epistêmico (ARONNE, MORAES, 2008). E isso se deve especialmente ao aumento insuportavelmente incessante da velocidade das comunicações. O direito como instrumento de controle social, perde sua efetividade por que forjado naquela *ratio* moderna. A grande maioria dos demais subsistemas sociais, por outro lado, embora em velocidades diversas, mas sempre mais velozes que o direito, têm de adaptar-se e não podem aguardar esse direito sempre em tempo mais atrasado. Nessa realidade, Teubner (2005) constata a perda do monopólio estatal do *dire le droit* a partir de dois fenômenos: o da existência, concomitantemente às constituições estatais, de verdadeiras constituições civis, e o da produção de um direito policontextural.

2 O Leviatã e suas transfigurações

Para se enfrentar a produção do direito – objetivo – na contemporaneidade, imprescindível analisar, ainda que brevemente, o seu principal e mais tradicional inventor – o Estado – na palavra de Hobbes (2005), o Leviatã: um corpo com a força de inúmeros indivíduos, milhares mesmo, força esta reunida, articulada e monopolizada de modo absoluto por um ou por um pequeno grupo daqueles indivíduos, criado com a finalidade de manter a todos em respeito, isto é numa ordem em que a liberdade natural e infinita de cada um é alienada a essa Criatura que a devolve, limitadamente, na forma da regulação legal.

Na efetivação dessa ordem atua um corpo especializado de indivíduos encarregado de executá-la, quer os comandos partam de um só homem, o soberano, quer de uma assembleia de homens, um parlamento, por exemplo, nas duas hipóteses, encarnações vivas do Estado.

Nas palavras de Aronne e Moraes (2012, p. 128), o Leviatã

para além do poder, temor, mítica ou sobrenaturalidade, a organicidade e adaptividade decorrente de sua condição de um ente de alma política e carne burocrática, parece guardar uma importância irrefutável ao Direito, seja nas luzes do palco público, seja nas sombras das arenas privadas.

É imprescindível, pois, enfrentar o Estado sob o prisma da sua “singularidade inata derivada de sua historicidade e da alteridade que se lhe entranhou” (ARONNE, MORAES, 2012, p. 128).

Um Estado que, apesar de incessantemente mutável, foi forjado na era do perigo e da certeza, ao contrário da contemporaneidade, regida pelo risco e pela incerteza, por sua tão marcante presença na sociedade. Disfarça-se de aparentes obviedades que, sem um olhar minimamente desconstrutor, não se pode entendê-lo na sociedade contemporânea e especialmente na sua função de dizer o direito.

O Estado Moderno nasce buscando concretizar um ideal de racionalida-

de na pressuposição de uma ideia de sociedade fundada no egoísmo individual, raiz de uma guerra de todos contra todos. É a visão de Hobbes (2005), do *homem lobo do homem*. Em um segundo momento, mais generoso na concepção do humano, passa-se a buscar no Estado o ideal iluminista de racionalidade, fundado na crença do impulso natural humano pela solidariedade, justificador do *laissez-faire*, reduzindo-se a ação do Leviatã sobre a sociedade, característica do liberalismo clássico.

É o momento do fortalecimento da burguesia, elevada à condição de principal classe protagonista da cena social. A ideia da antiga arena da luta sem quartel, de todos contra todos, dá lugar à ideia da competição regrada no lugar dos encontros consensuais: o Mercado.

A ilusão da época foi que bastava um regramento mínimo, assegurado da expressão da vontade livre das partes para que a igualdade social, um dos ideais da nova sociedade fosse alcançado. No entanto, a prática social, principalmente pelo seu sistema econômico, acabou mostrando uma outra realidade, a das desigualdades entre as posições dos setores hegemônicos, a burguesia a frente, em relação às populações despossuídas.

Nessa realidade é que se desenvolvem as Constituições do homem privado - os códigos civis – e as Constituições do homem marginal – os códigos penais.

O Direito, sob o controle exclusivo do Estado, mediante um discurso de liberdade, fraternidade e igualdade, claramente responde aos reais interesses da burguesia e à sua visão de mundo.

Segundo Aronne e Moraes (2012, p. 131), o público foi pensado e projetado pelo e para o privado e para isso, duas castrações foram fundamentais: Montesquieu em relação ao Leviatã, quando da sua cirurgia política tripartite, e a Escola da Exegese em relação aos juristas, com as codificações.

Realmente, a contribuição de Montesquieu consistiu na impessoalização

do Estado, até então com corpo e cara humanos. Tal impessoalização significou a supremacia da Lei – constituições e códigos – sobre todos, inclusive, os governantes, daí a necessidade do desenvolvimento das codificações em substituição às ordenações.

Mas tal cenário não poderia continuar da mesma maneira à eternidade. Ruídos, estrondos, tremores, decorrentes das extremas desigualdades principalmente econômicas, ecoam e abalam as estruturas sociais.

Uma multidão de indivíduos, agora pelo menos nominalmente livres, integrantes e protagonistas de direito da nova cena social, mas não mais do que possuidores de sua própria força de trabalho, passou a almejar e a reivindicar uma situação concretamente mais participante, tanto no produto econômico, como nas decisões políticas e nos destinos da sociedade.

As lutas sociais multiplicaram-se: greves, desenvolvimento das organizações operárias, manifestações de massa e até mesmo revoltas armadas. Irmãos por um discurso altruísta, de promoção do bem-comum, exigiam uma nova situação que viesse contemplar os seus anseios. Sua luta implicou num novo comportamento do Leviatã.

Para atender a essas expectativas, o Estado teve de renovar-se. No plano econômico passou a intervir mais intensamente na regulação do Mercado, principalmente nas relações entre capital e trabalho. Nessa senda, tem-se como consequência jurídica, o desenvolvimento da objetivação dos direitos sociais de caráter protetivo. Outra tendência é o desenvolvimento do Direito Público – incluindo-se aí especialmente o Direito Administrativo. O aparelho de Estado, a burocracia, tonifica-se mediante novas tecnologias e especializações. A participação de maiores e mais amplos setores da população intensifica-se pelo alcance e generalização do sufrágio universal.

Por outro lado, discursos autocráticos, em certos momentos, ganham a aceitação das massas no Velho Continente, mediante a ascensão de regimes liderados por figuras paradigmáticas do autoritarismo totalitário como Hitler,

Mussolini, Stalin. Na América, em outra direção, as políticas de Franklin Roosevelt estabilizam a economia e podem ser consideradas como o estopim de um giro copernicano social – transição da sociedade industrial para a de consumo. Seu governo, marcado interna e externamente por forte tendência democrática e social-liberal, opõem-se às tendências totalitárias que marcaram o Mundo Ocidental na primeira metade do século XX. Os Estados Unidos da América desenvolve políticas no sentido de estímulo e intervenção estatal na economia, o chamado New Deal – sob a influência teórica de John Maynard Keynes – com o objetivo de superar a grande crise econômica do capitalismo, ao início da década de 1930. Na esteira da segunda guerra mundial (1939-1945) supera o desemprego com a promoção de obras públicas, e, assim, torna-se o lugar de uma produção industrial gigantesca que anima, inclusive, um espetacular desenvolvimento tecnológico, tendo como objetivo, o maior esforço de guerra de todos os tempos, incluindo o abastecimento, em todas as escalas, das nações aliadas e seus exércitos, em luta contra as tropas do Eixo.

Já em 1944, os EUA aparecem como a Nação mais poderosa do Mundo, tanto em termos econômicos como em força militar.

Em seguida, nos anos subsequentes, conquista a hegemonia política mundial, sendo os valores fundamentais de sua Sociedade adotados majoritariamente pelos organismos internacionais criados com o propósito de manter a Paz, promover o desenvolvimento, a estabilidade das relações monetárias, a cultura e a assistência em diferentes setores, a Organização das Nações Unidas, o Banco Mundial, o Fundo Monetário Nacional, a Organização Mundial da Saúde, a Organização Mundial do Comércio, a Organização Internacional do Trabalho, etc., entidades internacionais que se constituem num novo sistema de fontes de direito cujas regras passam a ser adotadas pela maioria dos países do Mundo.

Como se vê, a consequência é um extraordinário processo de complexificação e de uma massificação da produção de bens, cuja força motriz humana proveio, desde os tempos da Guerra, em grande parte, das mulheres. A socieda-

de de consumo torna-se um caminho sem volta. Ao mesmo tempo reforçam-se os sentimentos de liberdade individual, de igualdade de direitos e oportunidades, de autonomia no pensar, no agir e no fazer. A sociedade vive, pensa e quer consumir. Nesse passo o Direito, como sempre, é chamado a dar respostas às novas configurações das controvérsias que vão surgindo. Respostas para um presente de abertura, mas ainda com alguns olhares no passado.

O cenário do pós-guerra é diferente. Num mundo dividido entre a hegemonia norte-americana e a soviética aprofundam-se os anseios e as consequências políticas conducentes ao chamado estado do bem-estar social.

O público antes privatista, agora tenta publicizar o privado. O Leviatã deve adaptar-se ao ritmo frenético do mercado e para isso passa a intervir por meio de uma sanha legislativa. É a era da descodificação. Aquela racionalidade moderna, fechada, bem acabada esteticamente, muito bem representada pelos códigos civis, cai definitivamente por terra, dando lugar a estatutos particularizados e códigos remendados. Na tentativa de tornar toda aquela estrutura legislativa à imagem desse renovado Leviatã social, o resultado é semelhante à criatura do Dr. Victor Frankenstein.

Nesse sentido, conforme Aronne e Moraes (2012, p. 134) “esse direito setorial, característico da fase intervencionista, promoveu a Era dos Estatutos e uma profunda descodificação do Direito, coerente ao desprestígio prático dos exegetas e pandectistas de outrora.”

Não obstante o deslocamento de racionalidade nas ciências sociais aplicadas e, especialmente no direito, o paradigma anterior ainda via-se presente (ARONNE, MORAES, 2012, p. 134).

No entanto, além dos protagonistas econômicos hegemônicos, na contemporaneidade expressos pelo sistema das grandes corporações transnacionais, uma miríade de grupos constituindo, inclusive, novos subsistemas sociais (organizações não governamentais, movimentos sociais organizados, sindicatos, entidades de classe, meios de comunicação, etc.), todos conectados pelo

processo de digitalização, tendem a influir mais fortemente quer nas decisões políticas, quer na produção jurídica, quer, ainda, na atividade econômica.

“Diversas outras cabeças dotadas de institucionalidade e autonomia emergem do corpo estatal” (ARONNE, MORAES, 2012, p. 139).

3 Policontextualidade: os novos matizes do Leviatã

Mas e a efetiva produção do Direito (leis, decretos, regulamentos, etc.), não segue de titularidade exclusiva do Estado?

Considero que estamos experimentando uma mudança profunda no que toca à criação da lei. O processo de juridificação tende a atingir todo o sistema social. Nesse mesmo sentido cumpre referir que o Estado com suas leis e Constituição, considerando a sua clássica tendência cristalizadora e inercial, contrapõem-se cada vez mais à velocidade dos processos de transformação dos fenômenos sociais típicos de uma sociedade transnacionalizada, hipercomunicativa, competitiva. Tornam-se aquelas clássicas instituições rapidamente desatualizadas, não competitivas. Nesse passo acabam, também, elas próprias, sendo atingidas pelo novo processo de juridificação, alterando-se, transformando-se, mudando o sentido de seus comandos.

Diante dessa assincronia entre o tempo do direito imposto (a lei) e o tempo da sociedade, pode-se constatar uma efetiva participação dos destinatários do direito (lei) – a comunidade – nos processos decisórios para efetivação de direitos, seja pelo sistema jurídico, seja pelo político ou até mesmo pelos demais subsistemas sociais. (p. ex. a filantropia praticada por empresas, ONGS e grupos de pessoas). Isso mostra inclusive que as melhores soluções de regulação social não se dão necessariamente dentro dos subsistemas estatais jurídicos ou político. Mais uma vez, resta clara a perda de espaço do Estado por conta de uma racionalidade em rede, presente na sociedade que deve atingir profundamente o subsistema jurídico.

Assim, o direito imposto, com legitimidade exclusivamente derivada do

esquema representativo emergido dos resquícios da Revolução Francesa, merece reprovação, pois fadado à cristalização de um passado totalmente desconexo à realidade duma sociedade constantemente mutável, fragmentária, onde impera o risco e a incerteza.

Devemos ter em mente que o *dire le droit* significa inferir a sua não observância. A simples declaração de um direito por determinada norma não tem a tendência de efetivá-lo. Muito pelo contrário. É a não observância do direito que torna latente a necessidade de sua proteção. Quanto maior sua negação, maior a busca pela sua afirmação (SCHWARTZ, 2014).

Nessa linha, conforme assevera Schwartz (2014):

há a necessidade de um direito negociado (*droit négocié*), que não abandona a necessidade de produção normativa do Estado, mas que a complementa. Com isso, cabe ao Estado a declaração do Direito e, em alguns casos, sua posterior proteção. À comunidade cabe a participação nos procedimentos que faticamente selecionarão, dentre várias possibilidades existentes, a hipótese que melhor reduza a complexidade.

São bem perceptíveis, pois, dois fenômenos: (a) a perda da unidade categorial do Direito nas suas clássicas divisões entre Direito Público e Privado, Material e Processual, Civil e Comercial em vista dessa dinâmica da transformação das relações sociais e econômicas, cada vez mais acelerada, que acaba por gerar uma normatividade resultante da produção de novos padrões de comportamento que, por sua vez, tende a ser apanhada pelo sistema jurídico, isto é, padrões tendentes a tornarem-se mais efetivos, por isso mesmo, com maior carga cogente. Na medida, então, do aprofundamento da complexidade dessas relações, cria-se uma situação de fragmentação do Direito correspondente ao processo geral de fragmentação e de perda de um fundamento hegemônico e absoluto no pensamento ocidental, diga-se religião, filosofia e ciências. Por outro lado, (b) tende a verificar-se a formação de policontexturas normativas, isto é, ligadas entre si e, ao mesmo tempo autônomas. Em outras palavras, na produção normativa policontextural (TEUBNER, 2005), sem deixar-se de lado

a importância do Estado legiferante, toma-se, como elemento essencial dessa produção normativa, a participação de todos os subsistemas sociais, seja no aprofundamento dessa participação no próprio processo legislativo, seja numa atividade regulatória de caráter complementar à lei, seja inclusive numa atividade regulatória própria de outro subsistema social que não o político ou propriamente o jurídico.

Portanto esse modelo de produção legislativa policontextual percebido por Teubner (2005), pressupõe uma descentralização de ações e centralização de comando. Em outras palavras, dir-se-ia que o comando parte da Constituição prevendo as expectativas políticas, econômicas e sociais que serão atendidas por uma gama de ações especificamente escolhidas para cada caso particular no intuito de se reduzir ao máximo a complexidade daquela particularidade.

A fim de tornar claro esse modelo e mais ainda, de constatar já ser o mesmo uma realidade, utilizo-me dos exemplos trazidos por Schwartz (2014) atinentes à descentralização da regulação da saúde. Enumera o autor exemplos como: (a) a previsão constitucional de gestão descentralizada do Sistema Único de Saúde facilitado sobremaneira pelo próprio modelo federativo brasileiro descentralizado, incluindo-se aí a questão da municipalização da saúde como forma de melhor racionalização na sua prestação; (b) os Consórcios Administrativos Sanitários (Distritos Sanitários) autorizados pela Lei 8.080/90, em seus artigos 10 e 18, e pela Lei 8.142/90, em seu artigo 3º, parágrafo 3º; (c) os orçamentos participativos como forma de descentralização da descentralização, regionalização da regionalização, mediante o esquadrinhamento da Cidade em várias regiões; (d) as Organizações Não-Governamentais com suas atuações suplementares e primárias especialmente em espaços não ocupados pelo Estado devido a sua inércia, mas, em tese, de sua competência exclusiva; (e) a atuação do Ministério Público, na sua prerrogativa constitucional em prol dos direitos difusos, bem como a atuação das Defensorias Públicas; (f) a atuação das Assistências Judiciárias e demais programas assistenciais (a estrangeiros, a GLBTs, a dependentes químicos, etc) mantidas por instituições de ensino.

Nesse horizonte, segundo Schwartz (2014),

ter-se-ia uma delegação de competência societária de modo compartilhado. Mais, essa enorme capacidade de compartilhamento de decisões, geradora de mais possibilidades de que se possa realizar (complexidade), é resultado de um paradigma sistêmico de sociedade, onde a figura do risco e da (re)invenção democrática tornam-se necessárias para produzir na sociedade global complexa um sentido mais democrático e sofisticado tanto para o direito como para a sociedade.

Em relação a essa reinvenção democrática do Estado e dos subsistemas jurídico e político, um elemento fundamental para a sua realização é a descentralização. Como refere Schwartz (2014), discutindo a regulação sanitária:

Descentralização sanitária está intimamente ligada ao aspecto democrático, de vez que, até do ponto de vista psicológico torna mais palpável a possibilidade do controle e participação dos mecanismos democráticos de decisão e de procedimentos sanitários, transformando-se em um dos pilares da regulação compartilhada na área da saúde.

Mais, a descentralização é parte integrante da democracia e dela não pode se dissociar, ainda mais em um país de proporções continentais como é o Brasil. A descentralização é uma reforma de Estado que procura adaptá-lo à sua nova feição de cunho democrático.

Entendo que ainda pode-se acrescentar que a descentralização tende a valorizar as especificidades regionais e mesmo microrregionais. Significa o reconhecimento e o respeito à subjetividade e à diversidade de nossa sociedade plural.

4 Constituições civis e estatais: a desintegração do Leviatã

E a Constituição do Estado como *topos* não só de um ordenamento, mas de uma racionalidade, deve ser afastada?

Segundo Schwartz (2007), Teubner procura atualizar a Constituição

perante os fenômenos contemporâneos da reflexividade e da juridificação a partir da teoria autopoietica luhmanniana acrescentada de elementos histórico-sociais próprios do Direito.

Conforme já referido, não se pode negar um corrente processo de fragmentação do sistema jurídico que desmonta a racionalidade absolutamente verticalizada das Constituições tradicionais e consequentemente o discurso sobre hierarquia e supremacia na pirâmide jurídica kelseniana.

Mas como se dá esse processo de transformação funcional do subsistema jurídico? É mediante uma racionalidade sistêmica de um direito reflexivo. Conforme Schwartz (2007, p. 343):

a racionalidade reflexiva impõe a constatação da impossibilidade de uma noção hierárquica de ordenamento jurídico em sociedade de redes. Problemas como a digitalização, a privatização e a globalização, colocam em dúvida a tríade Constituição/Estado-Nação/Soberania.

Portanto, pensar a Constituição ainda sob as lentes da modernidade seria como dançar valsa em gafeira. É preannunciar falha no sistema. A constituição deve ser encarada a partir do entendimento do seu entorno, ou seja, levando-se em conta o funcionamento dos subsistemas sociais com quem inevitavelmente a irritarão ou por ela serão irritados.

O que antes era símbolo de limitação do Poder do Leviatã, hoje é símbolo de limitação de danos (SCHWARTZ, 2007), imprescindível em uma sociedade plural, de policontexturas, em que a racionalidade é de rede, isto é, de múltiplas conexões (*networks*), não mais piramidal, estratificada.

Assim, olhar a Constituição como essa peça fundamental de regulação social sem pretensões de superioridade e consequentemente de racionalidade forçada, permitirá não só a reconstrução do próprio sistema jurídico, mas também de todo os demais subsistemas que com ele se relacionam por meio de acoplamentos estruturais (SCHWARTZ, 2007).

Nesse processo de reconstrução podemos notar que juridificação não é mais processo exclusivo do espaço estatal. Nessa nova sociedade, policontextual, processos de juridificação são verificados em todos os subsistemas sociais e dessa forma os problemas havidos dentro desses subsistemas são resolvidos internamente, ou seja, pelo próprio subsistema. E o que garante a efetividade dessas soluções, além do fato de terem sido produzidas pelo próprio sistema é a identificação (acoplamento estrutural) com o sistema limitador de danos, o ordenamento jurídico.

Outra constatação que vai ao encontro desse entendimento sobre o processo de juridificação em espaços não-estatais é de que, na medida em que tal processo ocorre a própria sociedade civil, pelos seus mais diversos subsistemas sociais, reafirma a Constituição. Ressalte-se que esse processo na sociedade industrial dava-se verticalizado, de cima para baixo. Mas não se conclua que o mesmo simplesmente se inverteu, seguindo verticalizado, mas agora de baixo (da sociedade) para cima (Estado, Constituição). Mais correto que uma racionalidade horizontalizada, parece ser uma racionalidade em rede ou racionalidade em *network*.

Materializando essa ideia, veja-se, por exemplo, a força dos códigos de conduta de companhias transnacionais que não só sujeitam seus trabalhadores (de todos os níveis) como também podem até vincular outras empresas com que mantiverem negócios em qualquer lugar do Mundo.

Para reforçar essa ideia de que a manutenção da racionalidade do paradigma moderno não seria a solução mais correta, pois significaria a imposição forçada de uma racionalidade, trago um último exemplo.

Schwartz (2007) refere o caso da União Européia e seu “Tratado Constitucional Europeu”, pelo qual, tenta-se substituir uma racionalidade horizontal própria dessa organização, para se reforçar a ideia de Estado-Nação, verticalizada. Viu-se, a partir dos casos como o do Reino Unido ao não adotar a moeda única da UE que a nova racionalidade de *networks* rechaça o paradigma anterior.

Assim, seguindo a linha desenvolvida por Schwartz a partir de Teubner,

trata-se de um caminho sem volta. Portanto a racionalidade que sustenta o reconhecimento da existência de uma multiplicidade de constituições civis pode ser explicada em três pontos:

- (a) Dilema de racionalização – o cambio de uma sociedade moderna para uma sociedade de risco expõe a fragilidade das estruturas modernas em uma sociedade de indeterminação. Em uma ideia de vários contextos, a centralização se esgota [...]
- (b) Globalização policêntrica – a globalização é um fenômeno de níveis variados e não coordenado [...]
- (c) *Creeping constitutionalization* – [em] países de modernidade tardia [como o Brasil] inexistente diferenciação entre Direito e Política, o que provoca bloqueios na necessária autopoiese de ambos os sistemas. A consequência direta é uma ausência de constitucionalização do sistema jurídico, e, portanto, de uma *creeping constitutionalization* em países periféricos. (TEUBNER, 2003, apud SCHWARTZ, 2007, p. 7-13).

Mas então reiteramos: para que serve a Constituição nesse modelo ora proposto? Como ela deve ser encarada?

A Constituição, “de um lado, é o espaço de produção de normas e de fundamentação do Direito” (SCHWARTZ, 2007, p. 347). Por outro lado, essa estrutura produzida (Constituição), mediante acoplamentos estruturais, é aproveitada pelos outros subsistemas sociais. Em outras palavras, deve-se entender a Constituição como comunicação emitida ao sistema social, que por sua vez irrita outros subsistemas sociais funcionalmente diferenciados que internalizam tal comunicação e a processam conforme seu próprio código sistêmico.

E nessa racionalidade de múltiplas conexões, o processo contrário também é verificado, ou seja, dos outros subsistemas sociais provêm irritações ao subsistemas jurídico ou político. E disso podem resultar tanto acoplamentos estruturais como o rechaço dessas comunicações. O importante é que nas duas situações a Constituição é reafirmada, seja pela recepção da comunicação, seja pela sua negação.

Nesse sentido pode-se constatar pelas características dessa contempo-

raneidade, onde não se identificam mais fronteiras, que a Constituição passa a ser muito mais um mecanismo de acoplamento entre subsistemas sociais do que mecanismo de limitação de poder. Além disso, pretender a construção de uma unidade jurídica global na contemporaneidade é altamente improvável diante desse processo verificado diuturnamente e impossível de ser combatido, de crescente fragmentação do sistema social, cumprindo estabelecer *networks*, redes, com uma racionalidade capaz de compatibilizar os mais diversos subsistemas sociais com lógicas dos mais diferentes matizes, díspares e não lineares (SCHWARTZ, 2007).

Sobre essa impossibilidade da racionalidade moderna combater esse incessante processo de fragmentação, vejam-se as tentativas frustradas de se limitar a internet, inclusive quando da ocorrência de guerra civil, como nos casos das Maldivas e do Egito, em que a população descobre outros meios para emitir suas comunicações para todo o Mundo.¹

Outras questões que podem ser referidas são relativas às relações de consumo internacionais. Nesses casos, pergunta-se: qual o papel da Constituição, segundo a visão tradicional, em relação à compra de um simples dispositivo eletrônico fabricado na China, comercializado por um sítio Sul Coreano, hospedado em um servidor australiano?

Nenhum.

Mas as garantias do cumprimento do negócio como são efetivadas? Por uma Constituição?

Pode-se responder que sim. Mas por uma constituição civil, privada. Sabe-se que o varejo internacional é regido por códigos de conduta reproduzidos pela quase totalidade das empresas desse ramo. Esse sistema específico cujo ambiente é a internet, além dos seus referidos códigos (constituições) possui estruturas próprias de regulação. Assim, o não cumprimento dessas boas práticas, por um determinado comerciante, geram comunicações que se reproduzem em velocidade quase instantânea dentro do sistema. Por sua vez, essas co-

municações são internalizadas por outros sistemas, incluindo-se aí os psíquicos (indivíduos) que se posicionam no sentido de interagirem negativamente com o eventual faltoso, punindo-o em consequência.

É justamente isso que garante a efetividade do negócio. A partir de uma constituição própria e de toda uma complexa estrutura de processamento é que o próprio sistema soluciona suas controvérsias.

Nesse sentido, o fenômeno da digitalização age como um catalizador do processo comunicacional, ignorando ficções da modernidade como fronteira, nação, hierarquia e soberania.

5 Considerações finais

Pelo que foi brevemente delineado e considerando os exemplos versados, parece-me que o modelo mais adequado para entender a complexidade dos problemas então suscitados e enfrentados é a teoria dos sistemas sociais, proposta por Niklas Luhmann e atualmente desenvolvida por diversos autores sistêmicos tais como Günther Teubner, Pierre Guibentif, Germano Schwartz, Leonel Severo Rocha e Marcelo Neves. Como de resto, tal posicionamento teórico, entendo, possui extrema densidade heurística no sentido da compreensão da sociedade contemporânea e de todos os seus aspectos, principalmente aquele que marca o foco do presente artigo: a construção do Direito na contemporaneidade.

É fato que o Estado não cumpriu com as promessas da modernidade. Hoje, esse outrora sonhado arco-íris ainda é, em vão, perseguido como sói ocorrer em alguns subsistemas sociais em que verificamos a sua atuação, entre eles o jurídico.

As expectativas sociais da contemporaneidade são outras. Não vivemos mais num mundo dicotômico. A economia não é necessariamente liberal ou socialista. O sistema legal não é necessariamente de *common law* ou romano-

germânico (sem esquecer dos sistemas consuetudinário e da *sharia*). As famílias podem ser até mesmo monoparentais. E o que dizer do sexo? Hoje é gênero!

Mais! Digo que o Estado sequer deve tentar atender às antigas expectativas modernas pelo fato delas não mais existirem. As expectativas da sociedade contemporânea têm uma característica totalmente diversa. Elas estão amalgamadas ao risco, isso porque o próprio risco está amalgamado com a pós-modernidade. O que antes devia ser combatido, hoje, como nota Schwartz (2014), é uma qualidade democrática, democrático-inventiva.

O mundo de ontem não é o de hoje. E o de hoje será o de amanhã? Já é amanhã e lhes digo: não é mais como o hoje e nem como o ontem.

Referências

ARNAUD, André-Jean *et al.* **Dicionário enciclopédico de sociologia e teoria do direito**. Trad. Patrice Charles, F. X. Willlaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARONNE, Ricardo. **Direito Civil-Constitucional e teoria do caos**: estudos preliminares. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

_____. **Razão & caos no discurso jurídico e outros ensaios de direito civil-constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Rio de Janeiro: Elfos, 1995.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. **Legisladores e intérpretes**: sobre modernidade, pós modernidade e intelectuais. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. João Ferreira, Carmem C. Varriale e outros. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**: comentários sobre a sociedade do espetáculo. Tradução Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. Trad. Adail Ubirajara Sobral; Maria Stela Gonçalves. 22. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2012.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LUHMANN, Niklas. **A nova teoria dos sistemas**. Org. Clarissa Eckert Baeta Neves e Eva Machado Barbosa Samios. Trad. Eva Machado Samios. Porto Alegre: UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997.

MORIN, Edgar. **O problema Epistemológico da Complexidade**. 2. ed. Sintra: Publicações Europa-América.

OST, François. **O tempo do direito**. Traduzido por Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

ROCHA, Leonel Severo. **Autopoiese e teoria do direito**. In: SCHWARTZ, Germano Deoderlein. (Org.). Juridicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 9-28.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ROCHA, Leonel Severo; KING, Michel; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHWARTZ, Germano. **Constituições civis e regulação**: autopoiese e teoria constitucional. Anais do XV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI. Campos dos Goytacaze, RJ, 2007.

_____. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Dizer o Direito, Dizer a Saúde. In: Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros; Germano Schwartz. (Org.). **O Direito da Sociedade**. Anuário. Vol. 1. Canoas:

Unilasalle, 2014.

_____. **O tratamento jurídico do risco no direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TEUBNER, Gunther. Autoconstitucionalização de corporações transnacionais? Sobre a conexão entre os códigos de conduta corporativos (Corporate Codes of Conduct) privados e estatais. In: SCHWARTZ, Germano Deoderlein. (Org.). **Juridicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 9-28.

TEUBNER, Gunther. **Direito, Sistema e Policontextualidade**. Piracicaba: Unimep, 2005.

Notas

¹ Em relação aos protestos de 2011 “a decisão do governo egípcio por um bloqueio total da Internet dificultou as coisas. O Egito é um país que depende da Internet para sua economia, e quando a Internet foi desligada, surgiram questões muito importantes. Como as mídias sociais podem incitar uma revolução quando a Internet está bloqueada? Como tuitar uma revolução quando existe um apagão completo da Internet? No caso do Egito, as últimas horas mostraram que o governo foi incapaz de deter a Internet e as mídias sociais de disseminar notícias sobre os protestos das ruas. Pessoas em outros países se comunicaram com manifestantes no Egito por meio de telefones móveis e fixos e atualizaram as notícias por Twitter e blogs”. <http://pt.globalvoicesonline.org/2011/01/30/das-maldivas-ao-egito-uma-revolucao-pode-ser-censurada/>.

A INTERNET, A CULTURA DO MEDO E A CRIMINALIDADE CIBERNÉTICA: ASPECTOS DE PRODUÇÃO E INTERPRETAÇÃO DO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO

Emerson Wendt

Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito do UNILASALLE
Delegado de Polícia Civil no Rio Grande do Sul

1 Introdução

Atemporalidade e perda da noção de espaço são as características peculiares e indicadoras daquilo que se tornou um dos principais meios de comunicação nas últimas décadas: a Internet. No Brasil, segundo dados do Comitê Gestor da Internet¹ (2014), são mais de 30 milhões de domicílios com computador, sendo destes mais de 27 milhões com acesso à Internet. Desta forma totalizando mais de 85 milhões de usuários de Internet (ao passo que mais de 143 milhões de brasileiros usam celular, dos quais 52,5 milhões são usuários de Internet usando essa mobilidade).

A instantaneidade das informações quanto aos acontecimentos e a projeção dessa comunicação para além da compreensão humana, perpassando barreiras antes intransponíveis, integram esse *medium* de comunicação amplamente utilizado atualmente e que possui uma única linguagem (de *bits* e *bytes*) comunicacional, codificada (STOCKINGER, 2003, p. 186), entre seus mecanismos de trocas de informações, através dos protocolos chamados de TCP/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*).

A compreensão da Internet como um sistema ou subsistema autônomo, com características especiais, ao mesmo tempo em que se caracteriza como um modulador atual principal das comunicações entre os diversos subsistemas

sociais, tais quais do direito, da política, da religião, da moral etc., é um dos objetivos deste artigo, que não pretende esgotar o assunto, porém transpassar essa nova concepção, baseada em Niklas Luhmann, idealizador da Teoria dos Sistemas, para analisar não só a cultura do medo, amplificada com o uso da rede mundial de computadores, mas a cibercriminalidade, tanto sob a ótica dos subsistemas do direito (principalmente) e da política quanto sob a ótica da própria Internet, como subsistema com características *sui generis*.

2 A internet, sua característica autopoietica *sui generis* e o Direito

A tecnologia tem evoluído num ritmo frenético, tornando-se cada vez mais complexa. Junto com ela, desde os primeiros estágios na década de 70 do Século XX, houve a idealização da Internet e suas peculiaridades comunicativas céleres e constantes inovações, principalmente a partir da década de 90, mais especificamente após a criação da rede “www” por Tim Berners-Lee. No Brasil, frise-se, mormente após 1995, quando deixou de ser uso exclusivo das universidades e passou a ter acesso público e, também, foi criado o Comitê Gestor da Internet no Brasil, pela Portaria Interministerial nº 147, de 31 de maio de 1995, alterada pelo Decreto Presidencial nº 4.829, de 3 de setembro de 2003.

Além das várias características conhecidas da Internet, que solidificou a chamada “Sociedade de Informação²”, como a massificação das informações, o acesso a sistemas e dados, multidiversidade de assuntos, uma “superhighway” (SYDOW, 2013, p. 31) etc., o autodesenvolvimento³ é a principal (característica). Também, vários setores mundiais e nacionais⁴, defendem a continuidade da auto-regulação da rede mundial de computadores, a Internet.

Após 1980, entidades não governamentais assumiram, não oficialmente, a regulamentação do ciberespaço, estabelecendo padronizações e regras. Duas dessas entidades são a ICANN – *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* – e a IANA – *Internet Assigned Numbers Authority* –, esta última responsável pela distribuição/organização de “números” na Internet, como os endereços

dos protocolos de internet – IP – e portas de comunicação (SYDOW, 2013).

Aliás, como um (sub)sistema autônomo, *sui generis* no referencial de Stockinger (2003)⁵, a Internet tem suas próprias regras e está fechado operativamente, porém tendo em seu entorno os sistemas psíquicos (usuários) e utilizando, também, a comunicação para interagir com os demais sistemas sociais (direito, moral, economia etc.), irritando-os ou sendo irritado.

É um (sub)sistema auto-organizado, pois têm construído suas próprias estruturas de funcionamento e funcionalidade, que se iniciaram em 1969 com a ARPANET⁶ e, após uma divisão com a criação da Milnet⁷, no início de 1980 e posterior interligação (1986) com os supercomputadores da NSF⁸, criou-se a “espinha dorsal” de uma rede formada por computadores superpotentes (*blackbones*), que evoluiu e continua a evoluir com o tempo, de acordo com as necessidades de outros (sub)sistemas, principalmente o econômico.

Gottfried Stockinger (2003), apoiado na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, vê o ciberespaço como um sistema autônomo (*sui generis*) e não apenas como um novo *medium* (meio pelo qual passam as comunicações), no dizer do referido autor “é – funcionalmente falando – um mensageiro” (STOCKINGER, 2003, p.162) que amplia a comunicação social. É autopoietico, pois produz elementos para continuar produzindo mais elementos estando, como referido, auto-organizado, a exemplo da larga teia mundial (rede “www”) lançada em 1992 e com estruturas e elementos definidos quanto à distribuição de domínios e conjuntos de protocolos de internet (IP) por todo o mundo. De outra parte, do ponto de vista de ser um processo de comunicação, entre os (sub)sistemas, pode ser tido como um *super* mecanismo de acoplamento estrutural entre eles (os sistemas), não só pela agilidade de transmissão de dados, mas pela instantaneidade e pelo transpasse de barreiras físicas, antes intransponíveis ou difíceis de serem derrubadas.

A interdependência dos sistemas, ponderada na importante contribuição de Stockinger sobre a interação entre os sistemas através da comunicação via

Internet, reforça a concepção de sua fundamentalidade, estabelecendo uma espécie de “ciberdependência”:

Quando sistemas sociais passam a usar a autopoiese, elementos e relações comunicativas eletrônicos (por exemplo, *e-mails*), estes farão, daqui em diante, parte integrante das ações e comunicações sociais. A interpenetração chega a tal ponto que a autopoiese de sistemas sociais passa a depender da cibercomunicação. Do mesmo modo, os cbersistemas concebidos em forma de mídia, “vivem” do seu uso por sistemas sociais. Tal dependência mútua também se reproduz e passa, assim, a fazer parte de cada sistema, através da interpenetração e acoplamento estrutural. (STOCKINGER, 2003, p. 184).

Especificamente sobre a interação dos usuários (sistemas psíquicos), Stockinger (2003, p. 185), enfatiza que já “não são os usuários que estabelecem os limites e o horizonte da comunicação. É um sistema operacional eletrônico, em relação ao quais os usuários formam apenas o seu ambiente”. Em outros termos, os usuários utilizam-se das aplicações da rede, como Twitter, Facebook, Flickr, Youtube, e-mails etc., que são os elementos para interagir na rede, permanecendo, no entanto, no seu entorno.

Assim, dada a característica autopoietica *sui generis* da Internet, com capacidade de “fazer emergir construções culturais e sociais inéditas, que se transformam praticamente em sujeito” (STOCKINGER, 2003, p. 185), tem-se, portanto, a existência de um sistema complexo.

Para Teubner (2005, p. 37) isso não significa que não possa haver “intervenção humana ativa”, caracterizada por um “intervencionismo estatal ativo”. Aliás, dado o pluralismo jurídico na sociedade pós-moderna, mesmo com regras próprias, um determinado (sub)sistema (no caso, a Internet ou o Ciberespaço), como enfatiza Teubner (2005, p. 29), não pode se valer da “clausura operacional da autopoiese”, ou seja, de estar imunizada contra o direito. Este (Direito), necessariamente causará irritações naquele (Internet) e o contrário também acontece.

A ideia de intervencionismo, proposta por Teubner (2005, p. 37-38), seria possível diante do surgimento da ideia de “atratores”, elemento novo/agregado no estudo da teoria dos sistemas. As diferentes possibilidades de solução são chamadas de “atratores”. Os sistemas auto-organizacionais são, por si só e sequencialmente, estáveis, recursivos. Nesse ponto que entra o direito, pois que, segundo Teubner (2005, p. 38),

o direito pode tentar, por produção normativa geral ou por atos jurídicos especiais, produzir perturbações de forma orientada e, apesar de todo o caos individual, irritar os sistemas recursivos de maneira que eles consigam mudar de um estado atrator a outro, com o qual o objetivo legal seja, pelo menos, compatível.

Nesse ato intervencionista pode-se conseguir, assim, a regulação jurídica contextual, necessária e objetivadora do comportamento desejável por parte do sistema recursivo. A Internet não foge à regra e, embora *diferencialmente* auto-poiética e enquanto vista como sistema social *sui generis*, está dentro do contexto e do pluralismo jurídico.

Também não é diferente, portanto, o raciocínio no contexto do Direito Penal, porquanto embora tenha suas regras próprias, a Internet gera situações e comportamentos de seus usuários (sistemas psíquicos), operadores de seu entorno (ambiente), “compatíveis”, por assim dizer, com os tipos penais existentes nas mais variadas legislações ou, ainda, comportamentos, positivos ou negativos, que podem gerar danos e/ou que tenham ou venham ter reflexo no contexto do processo legislativo, gerando a necessidade de sua regulação, penal ou não, porém dentro de uma racionalidade legislativa, pois, conforme Lira (2014, p. 82), “o processo de irritação/(des)juridificação é cíclico”.⁹

Algumas legislações internacionais, aliás, mesmo do ponto de vista penal, tem reduzido o tempo de reação em relação às evoluções daí advindas, irritando o (sub)sistema político para atender às expectativas normativas, gerando direito, o que não é necessariamente o caso do Brasil, cujos “comportamentos” legislativos do sistema político são mais lentos, embora quando do friccional-

mento do sistema do direito há uma rapidez para criminalizar comportamentos (produzir mais direito), muito mais veloz do que para descriminalizar condutas (LIRA, 2014, p. 81), ou seja, a desjuridificação é mais lenta¹⁰. A Itália, por exemplo, modificou o seu código penal, enfocando determinados delitos para o combate aos delitos informáticos em 1993, enquanto que a Alemanha o fez já em 1986, o Reino Unido em 1990 e a Holanda em 1992 (CRESPO, 2011). Esses países podem até ser referência em matéria legislativa quanto ao assunto, mas o que deve ser levado em conta é a própria evolução da Internet no Brasil, a partir de 1995, momento em que se acentuou o ritmo da evolução tecnológica e somatizaram-se as circunstâncias necessárias e provocadoras do contingenciamento jurídico-penal. Assim, em comparação com as realidades (econômicas, de evolução tecnológica etc.) enfrentadas pelos países, poder-se-á citar a Argentina, que em 2008 modificou seu código penal e introduziu os “delitos informáticos” (CRESPO, 2011, p. 150-153), e a Colômbia, que fez as modificações legislativas em 2009, com “la protección de la información y de los datos” (COLÔMBIA, 2009).

De certa forma, a omissão legislativa específica não afasta a (re)análise e (re)definição da legislação penal e sua aplicação, pelo Judiciário, em relação às condutas praticadas via Internet, preservando-se direitos e garantias fundamentais. A tendência é que haja um reforço no direito penal¹¹ em face da propagada sociedade de risco (onde os riscos “extrapolam as realidades individuais e até mesmo as fronteiras territoriais e temporais”, conforme Giddens (*apud* VIEIRA; ROBALDO, 2007, p. 2)) e a proliferação da cultura do medo na Internet.

3 Internet e Cultura do Medo

3.1 A cultura do medo na era da Internet

O medo não pode ser definido corretamente, se não quando comparado com sua ausência (BAUMAN, 2008). Porém, ele está associado diretamente à presença de alguns fatores, como a existência de um mal (visível ou não) e/ou

um risco.

Segundo Costa (2011, p. 220), quanto maior o medo (sensação de insegurança) de uma sociedade, maior é o “controle social formal” pelo direito, principalmente o direito penal. Talvez derivativo do fato de que o Estado não conseguir satisfazer e reestabelecer por outros mecanismos a sensação de segurança e relativizar o medo, acaba-se não só “privatizando” meios de segurança (fragmentação dos espaços urbanos, por exemplo), mas também focando sua ação para o contingenciamento legislativo-normativo, como uma forma de mostrar sua parte de ação.

Do ponto de vista tecnológico, pode-se afirmar que o aspecto principal em relação ao medo está na vitimização, ou seja, no risco, na potencialidade de se transformar vítima quando do uso dos recursos baseados em tecnologias digitais. Essa sensação é maior ou menor quanto mais representativo o processo de percepção/pensamento luhmanianos e as respectivas comunicações (GUIBENTIF, 2012), ou seja, quando o *medium* (no caso a Internet) adquire forma (pela repetição dos processos de percepção/pensamento) e sentido, vislumbra-se uma maior ou menor sensação de medo (de vitimização).

Porém, é óbvio que a maior ou menor percepção (exterior, com delimitação do objeto) e consequente assimilação (pensamento, interior, com qualificação do objeto), dependem não só da utilização da tecnologia como do conhecimento que as pessoas vão adquirindo; pelo uso ou por repasse pelos meios de comunicação. Assim, o (não) acesso às ferramentas tecnológicas, derivado ou não por condições sociais, pessoais, econômicas, políticas etc., faz com que se possa estabelecer uma maior ou menor sensação de medo. Ela pode ser aumentada, também, pelos meios de comunicação em massa, principalmente TV e jornais, pela difusão de notícias dos riscos na área tecnológica.

Como observa Costa (2011, p. 229), as percepções sobre a insegurança consequente, mesmo a derivada do uso da Internet, e as dimensões do medo não são lineares, já que, conforme explicitado, “as reações psicológicas e com-

portamentais são variáveis” e por que não dizer instáveis, pois podem ser alteradas a qualquer nova notícia sobre vírus, cavalos de troia, ataques cibernéticos, guerra cibernética, violações da privacidade/intimidade etc.

De outra parte, poder-se-ia afirmar que a fragmentação dos conhecimentos, em especial o tecnológico e sobre a Internet, faz com que no seu paradoxo, não conhecimento, surjam sentimentos/sensações de insegurança, proliferando-se o medo. De Giorgi (2013, entrevista), revela que o risco está no não saber. Tal sensação de insegurança se sobressai nos chamados “delitos de intervenção”, em que o tipo penal não pressupõe que a vítima participe no comportamento, bastando a ação unilateral do autor (SYDOW, 2013, p. 112).

Parametrizando o tema, tratando-se das relações do risco com os sistemas, expõe De Giorgi (1998) que mesmo um distúrbio de pequena importância pode trazer consequências incontornáveis, o que ocorre não só nos sistemas sociais quanto nas organizações dos sistemas complexos da tecnologia moderna (leia-se e compreenda-se, atualmente, a Internet). É o risco, então, uma aquisição evolutiva do tratamento das contingências que, se exclui toda segurança, exclui também todo destino. Diferencia-se ele (o risco, como modalidade de vínculo com o tempo) do direito, pois este fixa “os pressupostos que permitem a orientação das próprias expectativas no futuro”; também se diferencia da economia, pois ela que determina as modalidades de acesso aos bens (DE GIORGI, 1998, p. 198). Assim, o risco torna evidentes os limites com que se deparam estes sistemas quanto à construção de vínculos com o futuro, que se efetua no *medium* da probabilidade/improbabilidade, tendo este “medium” como referência a incerteza, o não saber e a fatalidade.

De Giorgi (1998, p. 198) também pontua que o risco é modalidade de distribuição de “bads” e não de “goods”, pois se baseia “na suportabilidade, na aceitação e não na certeza das próprias expectativas”. Em razão disso, os riscos não podem ser transformados em direito, embora possam ser monetarizados. Do contrário, a inserção do risco no Direito causa sua sobrecarga, com inserção de regras normativas que, na verdade são apenas estratégias de retardamen-

to do risco e não de estratégias que evitam o risco. De outra parte, é necessária uma contínua repolitização dos riscos, embora seja, para a política, arriscada tanto a situação que se decide quanto a que não se decide sobre os riscos, pois neste caso pode-se, inclusive, sobrestar a auto-evolução dos conhecimentos na Internet, como a opção de criminalizar a conduta de criação de software capaz de ser utilizado para invadir dispositivo informático (Art. 154-A, Código Penal).

De outra parte, também na Internet podem/estão sendo gerados os chamados “grupos de risco”, não só criados pela mídia – meios de comunicação em massa (COSTA, 2011, p. 236), mas pela própria Internet. Tal qual os espaços urbanos, a Internet também é segregativa, não apenas socialmente mas culturalmente, onde os códigos binários belo/feio, legal/chato (*cool/not cool*), certo/errado, acesso/não acesso, funcional/não funcional, por exemplo, são constantes de auto-seletividade dos seus usuários (sistemas psíquicos), cada qual com seus critérios de valoração e concepção de verdade. Isso, por outro lado, pode ser uma falha (dos usuários da Internet) na percepção e gerar um sentido diverso do real, do correto, já que a sensação (concepção) de (suposto) anonimato é uma das principais características do uso da *web*, podendo ter consequências danosas e não necessariamente gerar a sensação de medo, que faz com que se reconheça o risco. É, mais uma vez, o não-saber!

Há que se ter em mente que, usando não só os raciocínios de De Giorgi (1998) e Bauman (2006), mas também de Costa (2011), que o simbolismo de eventual legislação penal aplicável à Internet não pode surtir o efeito necessário: gerar segurança ou, ao menos, proporcionar sensação de segurança. O contingenciamento jurídico, que deverá se valer/ser avaliado não só do ponto de vista social, principalmente tecnológico-jurídico, não evitará o risco; será, no entanto, a resposta do (sub)sistema político à indeterminação ou indeterminações no campo da tecnologia (digital), alterando direito. São, portanto, as irritações de um (sub)sistema no outro, produzindo as alterações necessárias baseadas nas suas co-evoluções (principalmente, Internet, Direito e Política).

Por outro lado, preocupa-nos também essa forma de reação do sistema

político em relação às evoluções de ritmo frenético dos outros subsistemas sociais, que pode causar o aumento de edição de normas penais em branco, com tipos penais abertos.

3.2 Os efeitos da cultura do medo na Internet frente à produção legislativa penal brasileira

Muitas inovações, principalmente da área da informática e comunicações, já são abrangidas e compreendidas em nosso ordenamento jurídico (*n.g.*, as diretrizes quanto à atuação no comércio eletrônico, com o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, e seu regulamento, o Decreto 7.962/13). Também, vários tipos penais já expressamente preveem: a violação/adulteração de bancos de dados da administração pública (arts. 313-A e 313-B, do Código Penal); a interceptação ilegal de dados telemáticos/informáticos (art. 10 da Lei 9.296/96); a fraude ou violação de sistemas de votação (art. 72 da Lei 9.504/97 – Lei Eleitoral – e art. 266, §1º, do Código Penal, respectivamente) e protegem, penalmente, a liberdade sexual, de crianças e adolescentes (arts. 241-A e seguintes da Lei 9.069/95 – Estatuto da Criança e do Adolescente). Porém, a maioria dos tipos penais brasileiros não é produto da contemporaneidade e, por isso, não contemplam bens jurídicos tais quais a proteção de informações e de dados, assim como são preceitos descritivos compostos por elementos objetivos que não descrevem as condutas humanas associadas às práticas realizadas na internet, ou mediante recursos tecnológicos.

Certo é que algumas áreas do direito, como as do consumidor e tributária, *n.g.*, estão sujeitas a uma adaptação/evolução mais rápida em relação à evolução das tecnologias digitais. Por outro lado, a evolução tecnológica (digital) e sua consequente utilização na prática de delitos, tem trazido ao intérprete das normas sancionadoras e restritivas da liberdade à ansiedade por tentar compreender o “o quê”, o “como” e “o porquê” de determinados elementos (tecno-digitais) inovadores.

Essa busca pode fugir à hermenêutica penal tradicional, porquanto tipos

penais criados antes da evolução tecnológica atual podem restar não compreendidos ou até inaplicados, face à não compreensão do “aspecto tecnológico” usado/visado na prática delitiva. Isso se justifica porque, justamente, são conceitos atinentes não ao ramo/sistema do *Direito* e sim à *Tecnologia* ou, mais especificamente, à Internet (ciberespaço).

O legislador brasileiro, em muitos casos, tem se valido de seu “poder de legislar” e incutido no corpo da lei ou seus anexos um “glossário” de termos e conceitos, que seriam interpretativos do contexto da norma. Em outros casos, sem valer-se dessa atitude, para alguns violadora do princípio da legalidade, traz conceitos dúbios ou distantes da unanimidade, principalmente os que dizem com questões técnicas, como, *u.g.*, a chamada “Lei Carolina Dieckmann”, Lei 12.737/12, que possui inúmeros elementos normativos dos tipos penais que não contém um conceito uniforme no contexto técnico, além de possuir defeitos na redação da norma.

Em ambos os casos, caberá ao intérprete, seja doutrinador, seja julgador – ou, porque não o aplicador da norma –, de acordo com a hermenêutica penal e contexto social e tecnológico atual, o enfrentamento da missão de, partindo do fato penalmente relevante e da forma/meio como foi praticado, compreender os aspectos tecnológicos digitais e procurar alinhar perfeitamente a lei à *quaestio facti*. Caso isso não seja possível, não poderá valer-se da analogia. Ao par desses fatores, terá também que considerar as principais características da criminalidade informática, ponderadas por Sydow (2013): a interatividade, a mobilidade (portabilidade), a conversabilidade, a conectividade, a mundialização, a fracionalidade, a divisibilidade, a intangibilidade, a disponibilidade, a pluralidade, a ubiquidade (simultaneidade), a anonimidade, e, a velocidade (das conexões)¹².

4 Análise sobre a Lei 12.737/12 (“Lei Carolina Dieckmann”)

Além do direito à liberdade e a anterioridade da Lei, inúmeros aspectos estão envolvidos quando se trata de interpretação no Direito Penal. A vontade

do legislador, à época da “construção” legislativa, a interpretação dada pelos doutrinadores e/ou pelos magistrados nos casos concretos, são parâmetros claros dos paradigmas da hermenêutica penal. A própria evolução do contexto social tem arraigado debates e construções hermenêuticas importantes à evolução do Direito, em especial o Penal. Notadamente, os métodos clássicos já não são hábeis a auxiliar o intérprete, que deve se abrir a outros contextos do mundo globalizado e *tecnológico digital*.

Nem sempre a intenção inicial do legislador, que estaria em Ost (1999) na “memória” do direito, seja a principal saída para a interpretação do tipo penal ou tipos penais que ele redigiu, principalmente em face das inovações no campo social e tecnológico.

O momento e fatores que são relativas à criação do projeto de lei, sua motivação, seus encaminhamentos, os debates que o envolveram até sua aprovação, são válidos, principalmente, para a compreensão histórica dela, mas já não podem auxiliar e nem ter valor decisivo na interpretação dos textos legais penais. É a ela que Marques (1997, p. 208) se refere como “*interpretação quase autêntica*”.

Mais eficaz, no entanto, é a interpretação *autêntica*, que também parte do próprio legislador, quando ele o faz no próprio corpo da lei, tendo-se a interpretação contextual. Porém, pelo contexto da evolução atual, essa interpretação, quando existente, pode gerar a não aplicação da lei penal ao caso concreto e, quando inexistente, pode gerar compreensões diversas quanto à finalidade do vocábulo ou vocábulos empregados pelo legislador.

Para exemplificar, o art. 154-A, adicionado ao Código Penal pela Lei 12.737/12, trouxe inúmeros conceitos novos, não “explicados” pelo legislador. Diz o texto legal:

Invadir *dispositivo informático* alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de *mecanismo de segurança* e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo

ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita (destaques nossos).

Destacou-se, na citação do texto legal, dois conceitos: *dispositivo informático* e *mecanismo de segurança*. Nenhum deles o legislador definiu e deixou aos intérpretes, leia-se aplicadores da Lei penal, a função de o fazê-lo. Pensar em *dispositivo informático* nos leva a imaginar um computador, um *pen drive*, um *smartphone* etc. Mas estaria o legislador também tentando proteger dispositivos e/ou aplicativos que rodam na computação em nuvem na Internet? O Facebook, enquanto aplicação na rede mundial de computadores, estaria abrangido? Não ficou claro nem evidente! Quanto ao *mecanismo de segurança*, seria ele restrito a apenas algumas formas de proteção, ou deveria englobar todo mecanismo computacional, desde uma senha ou um antivírus até a tecnologia mais moderna de detecção de intrusões e invasões?

Outras observações também poderiam ser feitas em relação às manifestações sociais através da Internet, pelos grupos de ativistas, atuação denominada de *hacktivismo*, pois que se essas ações atingem sites e servidores de dados públicos, através, por exemplo, de ataques de negação do serviço (quando o site e/ou serviço fica fora do ar) dependendo do contexto e do “serviço” público oferecido, se apenas de informações, conforme redação do §1º do art. 266 do CP¹³, ou de caráter essencial para a sociedade, conforme o art. 265 do CP¹⁴, podemos ter interpretações diferentes quanto ao tipo penal adequado. Porquanto, a análise deve ser pormenorizada e avaliada do ponto de vista técnico para a adequada adaptação ao tipo penal previsto. De outra parte, essa mesma ação (ataque de negação de serviço), quando dirigida a particulares, principalmente empresas, terá outra adequação penal, em face dos tipos penais existentes no Brasil e sua (in)evolução legislativa na área ou, até mesmo, a nenhum tipo penal corresponderá, principalmente se não for tangível o dano imposto com a conduta danosa.

5 Considerações finais

Compreender o ciberespaço como um sistema autônomo, de vida própria, no qual os usuários formam apenas seu entorno e já não estabelecem os limites e o horizonte de comunicação, pode parecer – e para alguns parecerá – algo anacrônico, pois se desfocaria a atenção dos sistemas psíquicos como aspecto central. Por outro lado, ajuda a compreender como os demais sistemas interagem e se interpenetram, usando a (ciber)comunicação, irritando e sendo irritados, reproduzindo-se e co-evoluindo. Não se concebe mais a existência dos sistemas sociais (direito, economia, político) sem a cibercomunicação e, por isso, devem os mesmos adaptarem-se e absorverem as irritações de um no outro¹⁵.

O aspecto central da Internet como (sub)sistema está justamente em armazenamento de dados (uma foto, um documento, um vídeo, uma aplicação etc.), em *bits* e *bytes*, cuja interação se dá pelos aplicativos (visualizador de fotos, editor de texto, reprodutor de vídeos, redes sociais, respectivamente, de acordo com os exemplos anteriores), pois estes serão os *media*, os instrumentos, as ferramentas utilizadas pelos usuários para operarem em seu entorno e realizarem a comunicação, com trocas de dados e informações. Nesse processo, pelo uso das aplicações, em especial as em rede e as específicas dos meios de comunicação em massa (jornais, TVs, mídia online etc.), é que surge e se agrega a cultura do medo, a sensação de insegurança e de incertezas, que faz com que os usuários tendam a exigir maior atenção de outros sistemas, como o político (na elaboração de novas leis, contingenciando os riscos) e o do direito (“reparando” os riscos criados pelos usuários e pelo próprio subsistema da Internet).

Portanto, quanto ao recorte específico desta análise – cibercriminalidade, quanto à produção e interpretação do direito penal –, a (re)interpretação e a (re)análise e, por que não, a (re)criação de tipos penais já com base na “essência tecnológica” é importante em vários aspectos, dentre os quais: clareza da norma; atualidade da norma penal em face do tempo e da evolução; anterioridade da lei penal; preservação de direitos e garantias fundamentais, ou seja, respeito

aos princípios constitucionais; e, finalmente, contribuiria para uma cultura de segurança (não-medo).

O melhor exemplo dessa *quaestio* é a modificação/incursão de dispositivos no Estatuto da Criança e do Adolescente em 2008¹⁶. Havia a dúvida, nos tribunais, quanto a aplicabilidade da antiga redação para as comunicações feitas via internet e, sabiamente, os tribunais acabaram por adotar o entendimento de que, sim, o réu cometia o crime quando fazia a divulgação e/ou transmissão de fotos e vídeos de cenas de sexo com crianças e adolescentes. A nova redação veio esclarecedora e com interpretação autêntica, já assinalando o que entente por “cena de sexo explícito ou pornográfico”:

Art. 241-E. Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão “cena de sexo explícito ou pornográfico” compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008).

No entanto, outros dispositivos penais ainda não foram atualizados e podem gerar uma análise interpretativa complexa e divergente, frente às questões técnicas da área tecnológico-cibernética. Traz-se, *e.g.*, o art. 202 do Código Penal, sob o Título IV (DOS CRIMES CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO):

Invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola. Sabotagem.

Art. 202 - Invadir ou ocupar estabelecimento industrial, comercial ou agrícola, com o intuito de impedir ou embarçar o curso normal do trabalho, ou com o mesmo fim danificar o estabelecimento ou as coisas nele existentes ou delas dispor:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

A compreensão lógica, atual, para a maioria dos brasileiros que usam a Internet é que o conceito de “estabelecimento comercial” é perfeitamente crível e usual no contexto digital, ou seja, a existência de comércio eletrônico ou *e-commerce* e sua utilização pelos usuários da Internet. As dificuldades ficam a

cargo dos conceitos de “invadir” ou “ocupar” o “estabelecimento comercial”, “digital” ou “eletrônico”. Assim, na forma de conduta humana, alguém com conhecimento técnico necessário, pode gerar um ataque DoS¹⁷ ou DDoS¹⁸, contra o site de comércio eletrônico, gerando sua indisponibilidade para acesso a terceiros e impedindo que os responsáveis pelo site e seus empregados possam receber encomendas, empacotar produtos e enviá-los aos compradores¹⁹. O contexto do ataque deve ser compreendido para a correta interpretação e aplicação do tipo penal em questão, já que ele não gera uma “invasão” (não há violência), mas uma “ocupação” de todo o serviço do site de comércio eletrônico, que fica impedido de realizar o comércio (eletrônico), ou seja, fica indisponível em virtude da ocupação de todos os espaços (caminhos) para chegar até o sítio eletrônico da empresa.

O escopo desta norma é a proteção às organizações do trabalho e dos trabalhadores, que também ficam afetados com a “ação” de atacar o site, retirando-lhe do acesso público e impedindo vendas. A aplicação, portanto, do tipo penal, passa desde a análise da finalidade da norma até o meio utilizado e, portanto, não pode ser descartada a mera intenção de causar dano (art. 163 do CP) e não de impedir o trabalho (art. 202 do CP). Portanto, não significa que em interpretação judicial, em julgados isolados, não se possa dar exegese diferente.

De outra forma, tanto Marques (1997) quanto Palazzo (1989) afirmam a indubitável relação entre o elemento político-social e a construção hermenêutica das normas penais. Palazzo (1989, p. 16) enfatiza a estreitíssima relação e influência dos “valores constitucionais” no sistema penal, o qual ocorre sobre o campo das relações entre política e direito penal. Porém, também refere que é uma zona conflituosa.

Nesse campo há o grande e mais evidente conflito: de um lado, o indivíduo que pratica uma ação delituosa está a afrontar o bem ou os bens tutelados pelo Estado; do outro lado, a sanção criminal imposta pelo Estado caracteriza a intervenção máxima na esfera individual, a da liberdade. Essa relação, neces-

sária e conflituosa, tem, sobretudo a preservação da pessoa humana, dentre outros aspectos, regras e princípios atinentes e previstos constitucionalmente. De outro ponto de vista, a criação de novos tipos penais deve ponderar eventual violação de direitos e garantias fundamentais, como a do acesso à Internet, à liberdade de manifestação e, no caso da rede mundial de computadores, a criação/produção de aplicações/sistemas capazes de auxiliar no desenvolvimento constante da humanidade.

Esses limites constitucionais, garantidores – por assim dizer –, principalmente estabelecidos nas Constituições modernas, são o contraponto ao perigo da instrumentalização política do Direito Penal, à pena a qualquer custo. A hermenêutica constitucional frente à legislação penal deve ser instrumento, especialmente, à liberdade individual contra as diversas agressões, seja do Estado, seja de particulares (PALAZZO, 1989). A regra, portanto, deve ser a preservação de direitos e garantias fundamentais.

Palazzo (1989, p. 18), citando Woesner, refere que “a legislação penal deve – por natureza – ser *lei de atuação* da Constituição, concretizando, necessariamente, uma relação entre indivíduo e autoridade, cujas linhas de fundo são traçadas na Constituição”.

Assim, tanto a análise dos tipos penais já existentes quanto a remodelação ou criação de novos deverá adequar-se e, na seleção das condutas danosas e que merecerão a atenção do legislador para transformarem-se em delitos, respeitar fundamentalmente os direitos e garantias dos usuários da Internet, atentando-se também para com a natureza, peculiaridades e características próprias da sociedade digital, sempre em evolução e transformação, onde, segundo Castells (2003, p. 29), o “processo de aprendizagem pelo uso, e de produção pelo uso”, é extraordinariamente abreviado”. *Há, portanto, a necessidade de um “constante reexame e transformação das normas penais para adequá-las ao contexto social presente e futuro”* (LIRA, 2014, p. 83), sem que, porém, possa esse processo ser utilizado como espetacularização do sistema político para responder a um anseio do sistema social, que espera resolver os problemas da sensação de inse-

gurança e do medo em tempos de evolução da tecnologia digital.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

_____. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BORGES, Maria Alice Guimarães. A compreensão da Sociedade da Informação. **Ciência da Informação**, v. 29, p. 25-32, 2000.

BRASIL. Código Penal. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 31 jul. 2014.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 31 jul. 2014.

BRASIL. Lei 12.737, de 30 de novembro de 2012. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acesso em: 31 jul. 2014.

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia da Internet**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CABETTE, Eduardo Luís Santos. **O novo crime de invasão de dispositivo informático**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-fev-04/eduardo-cabette-crime-invasao-dispositivo-informatico>>. Acesso em: 15 maio 2013.

COLÔMBIA. **Ley 1273 de 2009** (Enero 05). Por medio de la cual se modifica el Código Penal, se crea un nuevo bien jurídico tutelado - denominado “de la protección de la información y de los datos”- y se preservan integralmente los sistemas que utilicen las tecnologías de la información y las comunicaciones, entre otras disposiciones. Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=34492>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **Pesquisa TIC Domicílios 2013**. Pesquisa sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Comunicação no Brasil. Disponível em: <<http://cetic.br/publicacoes/2013/tic-domicilios-2013.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

COSTA, Renata Almeida. Cultura do medo e espaço urbano: um olhar reflexivo sobre a sensação social de insegurança. In: Albert Noguera Fernández; Germano Schwartz. (Org.). **Cultura e identidade em tempo de transformações**: reflexões a partir da teoria do Direito e da Sociologia. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2011, v. 1, p. 219-239.

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. **Crimes Digitais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. O Direito da Tecnologia da Informação: noções essenciais. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 79, Ago. 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7974>. Acesso em: 18 Nov. 2013.

_____. **Os crimes digitais e as Leis 12.735/2012 e 12.737/2012**. Boletim IBC-CRIM Ano 21 - nº 244 - Março 2013.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco**. Vínculos com o futuro. Porto Alegre: SAFE, 1998.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Funcionalismo jurídico-penal e a teoria dos sistemas sociais: um diálogo frustrado. In: SCHWARTZ, Germano Deoderlein. (Org.). **Juridicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea**, v. 1, p. 241-285. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GUIBENTIF, Pierre. Os direitos subjetivos na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. In: SCHWARTZ, Germano Deoderlein. (Org.). **Juridicização das Esferas Sociais e Fragmentação do Direito na Sociedade Contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, v. 1, p. 171-198.

JORGE, Higor Vinícius Nogueira; WENDT, Emerson. **Crimes Cibernéticos**. Ameaças e Procedimentos de Investigação. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Brasport, 2013.

LÉVY, Pierre. **As tecnologias da Inteligência**. O futuro do pensamento na era da informática. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1993.

LIRA, Cláudio Rogério Sousa. **Direito Penal na Pós-Modernidade**. A Racionalidade Legislativa para uma sociedade de Risco. Curitiba: Juruá, 2014.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **A realidade dos meios de comunicação**. 2. ed. São Paulo: Paulus, 2011.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. A moderna sociedade do risco e o uso político

do controle penal ou a *Alopoiesis* do Direito Penal. In: Mauro José Gaglietti e Florisbal de Souza Del’Olmo. (Org.). **Diálogo e Entendimento**, v. 3, p. 91-118. Rio de Janeiro: GZ Forense Editora, 2011.

MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **Sociedade do Risco e Direito Penal**. Uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Edição Revista, Atualizada e Amplamente Reformulada por Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, Guilherme de Souza Nucci e Sérgio Eduardo Mendonça de Alvarenga. Campinas: Bookseller, 1997.

OST, François. **O tempo do direito**. Traduzido por Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Tradução Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

PANNARALE, Luigi. **Il diritto e le aspetattive**. Bari: Scientifiche Italiane, 1988.

PASTANA, Débora Regina. **Cultura do Medo**. Reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

ROCHA, Leonel Severo. “A construção do tempo pelo direito”. **Anuário do Programa de Pós-graduação em Direito**. Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: EdUnisinos, 2003.

ROZA, Fabrício. **Crimes de Informática**. Campinas: Ed. Bookseller, 2002.

SANTOS, André Leonardo Copetti; OLIVEIRA JR, Paulo Eduardo Duarte. O favelado/diferente como inimigo: a seletividade criminalizante e o papel da mídia na difusão do medo como estratégia de controle social. In: Mauro José Gaglietti e Florisbal de Souza Del’Olmo. (Org.). **Diálogo e Entendimento**, v. 3, p. 47-65. Rio de Janeiro: GZ Forense Editora, 2011.

STOCKINGER, Gottfried. **A sociedade da comunicação**: o contributo de Niklas Luhmann. Rio de Janeiro: Papel Virtual, 2003.

SYDOW, Spencer Toth. **Crimes informáticos e suas vítimas**. Coordenadores Alice Bianchini, Ivan Luís Marques e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Saraiva, 2013.

TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: Unimep, 2005.

TV COM. Raffaele de Giorgi: Sociólogo e filósofo italiano. Entrevista ao Programa de TV Mãos e Mentes, Porto Alegre: TV Com/RS/RBS TV, 20 de janeiro de 2013.

VIEIRA, Vanderson Roberto; ROBALDO, José Carlos de Oliveira. A sociedade do risco e a dogmática penal. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 38, fev 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3593>. Acesso em: 4 jul. 2014.

Notas

¹ Esses dados e outros, coletados pelo Comitê Gestor na Internet no Brasil, estão disponíveis em <http://cetic.br/publicacoes/2013/tic-domicilios-2013.pdf>. Último acesso em: 15 jul. 2014.

² Borges (2000, p. 29) sintetizou as características da Sociedade da Informação, como consequência da sociedade pós-industrial, assim resumidos: a informação é um produto e o saber um fator econômico; a distância e o tempo entre a informação e o destinatário não tem mais sentido, ou seja, há perda de noção de tempo e espaço; há “valor agregado” à informação, revolucionado pelas tecnologias da informação e comunicação que, além de revolucionar o mercado, criando novos serviços, empresas, empregos, transformaram o mundo em uma “aldeia global” (McLuhan); o “ciclo informativo” se transformou, pois além do usuário também se tornar produtor, há para isso um baixo custo, mesmo quando se trata de armazenamento de grande volume de dados; o processamento, recuperação e acesso às informações se tornou mais célere, seguro e eficaz, possibilitando o monitoramento e avaliação dos dados/informações.

³ Luhmann faz referência à “autorreprodução”. Pode-se dizer, no entanto, que a Internet possui as duas características: autodesenvolvimento e autorreprodução. As ideias que se concebem a partir do uso e interações acabam por propiciar o desenvolvimento e aprimoramento da rede; o autorreproduzir-se, no caso da rede, ocorre sempre no sentido de que um (micro)sistema, como o microblog Twitter, acaba por, para continuar a evoluir, necessitar outras aplicações e complementos, que faz com que não só ele, como a própria rede Internet, possa se aprimorar e reproduzir, através de outras aplicações que interagem com ele (Twitter). Poderia exemplificar, como as aplicações de fotos e vídeos para o Twitter, além dos serviços de encurtamento de URLs (links), facilitando os tweets, limitados a 140 caracteres.

⁴ No Brasil, o Comitê Gestor da Internet prima pela liberdade de evolução da Internet.

⁵ A identificação como sistema autônomo *sui generis* é dada por Stockinger para explicar

a diferença para com os demais (sub)sistemas. Pode parecer contraditória com a teoria luhmaniana, pois que um sistema sempre é diferenciado dos demais. Não existem, no entanto, estudos posteriores que trabalhem esta questão da Internet como sistema e, por isso, preferimos, neste estudo, repeti-la.

⁶ *Advanced Research Projects Agency Network*.

⁷ A Milnet é uma rede exclusiva para troca de dados militares.

⁸ *National Science Foundation*.

⁹ Sobre as fases da racionalidade legislativa, ver Lira (2014, p. 109-143).

¹⁰ *V.g.*, quanto ao adultério, que desde 1977 a regulação passou a ser cível, mas só em 2005 houve a descriminalização, juntamente com o delito de rapto consensual.

¹¹ Esse reforço, necessariamente, deve ser compreendido como a criação de novos tipos penais e/ou agravamento das penas nos tipos penais já existentes.

¹² Sobre o assunto, ver Sydow (2013, p. 88-110).

¹³ Redação do § 1º do art. 266 do CP: “quem interrompe serviço telemático ou de informação de utilidade pública, ou impede ou dificulta-lhe o restabelecimento”.

¹⁴ Dispõe o art. 265 do CP: “Atentar contra a segurança ou o funcionamento de serviço de água, luz, força ou calor, ou qualquer outro de utilidade pública”.

¹⁵ A Internet brasileira, após longo debate iniciado pelo Ministério da Justiça, teve seu “Marco Civil” aprovado pelo legislativo brasileiro e sancionado pelo executivo. A Lei 12.965/14 é um demonstrativo da interação/irritação entre os sistemas sociais.

¹⁶ A Lei nº 11.829, de 2008, modificou a redação a Lei 8.609/90 e acrescentou novos tipos penais (arts. 241-A a 241-E).

¹⁷ Denial of Service – Ataque de Negação de Serviço.

¹⁸ Distributed Denial of Service – Ataque de Negação de Serviço Distribuído.

¹⁹ Segundo Jorge e Wendt (2013, p. 240-1), “o ataque DDoS ou de negação de serviço é uma modalidade de *ciberataque* que se caracteriza pelo envio simultâneo de requisições de serviços para um determinado recurso de um servidor, por exemplo, um site. Em razão de não suportar essa quantidade de requisições, o recurso torna-se indisponível”.