

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO E DOUTORADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS
LINHA DE PESQUISA CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO**

Aneline dos Santos Ziemann

**O INSTITUTO DA FUNÇÃO SOCIAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO
DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE NO DIREITO DE
AUTOR NA PERSPECTIVA DO CONSTITUCIONALISMO
CONTEMPORÂNEO**

Santa Cruz do Sul, fevereiro de 2015

Aneline dos Santos Ziemann

**O INSTITUTO DA FUNÇÃO SOCIAL COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO
DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE NO DIREITO DE
AUTOR NA PERSPECTIVA DO CONSTITUCIONALISMO
CONTEMPORÂNEO**

Dissertação apresentada à banca do Programa de Pós- Graduação em Direito – Mestrado, Área de Concentração em Demandas Sociais e Políticas Públicas, Linha de Pesquisa em Constitucionalismo Contemporâneo, da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis

Santa Cruz do Sul, fevereiro de 2015.

À Deus, por todas as luzes que ele tem lançado sobre mim ao longo de toda a minha existência,

Aos meus pais, por terem aceitado cumprir a jornada desta vida comigo,

Aos meus irmãos, pedaço mais doce da nossa eterna infância,

Ao meu noivo, fortaleza feita de carinho e coragem.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus, mestre do Universo, pela luz sobre mim lançada desde minha origem; crendo que permanecerá até a eternidade. Agradeço pela inspiração recebida, que como uma mão invisível me guia para o cumprimento do meu destino, sem deixar que eu me perca no descaminho da dúvida, na aflição do medo ou no esgotamento do cansaço.

Agradeço aos espíritos de luz que me guardam, me consolam e que tantas vezes me mostraram o que eu precisava ver, orientando meus passos na direção certa e no momento exato. A certeza que carrego em mim de que tudo o que acontece tem um propósito, me valeu, por diversas vezes, como o lume sobre a escuridão da incompreensão e como bússula orientando minhas escolhas. Por tudo isso, obrigada.

Agradeço a meus pais, que cedo me mostraram que o único bem imperecível é o conhecimento: estudar para ser verdadeiramente livre, estudar para ser verdadeiramente independente, estudar para desenvolver a mente e o espírito. Além disso, sempre trabalharam para me possibilitar seguir o mantra que escolhi para a vida: aprender, aprender, aprender ...

Agradeço especialmente à minha mãe por motivos que não caberiam em um livro, mas que encontram significado em uma palavra: sacrifício.

Mãe!

São três letras apenas

As desse nome bendito:

Três letrinhas, nada mais...

E nelas cabe o infinito.

E palavra tão pequena - confessam mesmo os ateus-

É do tamanho do céu!

E apenas menor do que Deus ...

(Mario Quintana, 1997, p. 10)

Agradeço aos meus irmãos, que jamais questionaram as minhas escolhas, pelo apoio velado de sempre.

Ao meu noivo Alexandre, com quem divido desde o dia em que o conheci, todos os planos e todas as conquistas. Mas, principalmente, agradeço por não se esquivar de dividir também as dores e as angústias. Sem ti, Alexandre, tenha a certeza, eu não teria chegado aqui. E sei que estes dois últimos anos foram decisivos para que eu tivesse a certeza de que é você que eu quero em minha vida “[...] pra sempre e mais um dia”. Ter estado por tanto tempo longe de ti, (e, às vezes, ausente mesmo quando tu estavas por PE rto) foi o que me fez compreender o valor do tempo, a ponto de considerar que este, sim, é o bem mais valioso dos seres humanos. Como nada é por acaso, o tempo do agora, certamente, recebeu o nome de “presente” apenas porque o é: uma oferta da vida, cujo valor reside justamente na efemeridade de cada segundo. Isto a tua ausência me ensinou.

À família Burmann Lucio, pelo carinho de sempre, por acreditarem em mim (por vezes mais do que eu mesma) e por vibrarem comigo a cada pequena vitória: bastava um artigo publicado, o aceite de um trabalho em um congresso, e lá estavam aqueles olhos brilhantes de felicidade a me parabenizar pela conquista. Por terem estado sempre ao meu lado, me encorajando e me defendendo das iniquidades alheias, a minha mais profunda gratidão.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, pelo incentivo ao desenvolvimento do país, através da concessão de bolsas de pesquisa. E, especialmente, pela bolsa a mim concedida sem a qual não poderia ter realizado o sonho de cursar o mestrado, meu sincero agradecimento.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul, PPGD – UNISC, minha gratidão. Às professoras coordenadoras do curso, Marli Marlene Moraes da Costa e Mônia Clarissa Hennig Leal, pela competência e seriedade com que conduzem todas as atividades do programa, sem permitir que isso se traduza em insensibilidade para com as contingências dos alunos, meu muito obrigada. Por conduzirem as atividades do Mestrado com maestria, proporcionando aos alunos um curso de reconhecida qualidade sem permitir o esquecimento de que por trás de currículos, títulos, diplomas e artigos estão seres humanos, que como tais, merecem respeito para com seus anseios e compreensão para com as suas realidades, além da minha gratidão, os meus parabéns.

A todos os professores que compõem o corpo docente do PPGD – UNISC (prof. Dr. André Viana Custódio, prof^a. Dr^a. Caroline Muller Bitencurt, prof. Dr. Clóvis

Gorczevski, prof^a. Dr^a. Fabiana Marion Spengler, prof. Dr. Hugo Thamir Rodrigues, prof. Dr. Janriê Rodrigues Reck, prof. Dr. João Pedro Schmidt, prof. Dr. Jorge Renato dos Reis, prof. Dr. Luiz Gonzaga Silva Adolfo, prof^a. Dr^a. Marli Marlene Moraes da Costa, prof^a. Dr^a. Mônia Clarissa Hennig Leal, prof. Dr. Raimar Rodrigues Machado, prof. Dr. Ricardo Hermany, prof. Dr. Rogério Gesta Leal, prof^a. Dr^a. Rosangela Gabriel, prof^a. Dr^a. Salete Oro Boff), o meu agradecimento por juntos construírem um dos programas de pós-graduação mais sólidos e reconhecidos do país.

Em especial, aos professores da linha de pesquisa em “Constitucionalismo Contemporâneo” com quem tive a honra de compartilhar as minhas noites de quinta-feira e as manhãs e tardes de sexta-feira, pelos últimos dois anos. Professora Salete, a senhora tinha razão: metodologia é uma das disciplinas que mais nos auxilia, (ou nos faz falta, no caso de não a termos percebido bem). Sonho com o dia em que saberei uma décima parte do que a senhora sabe a respeito, pois só isto já me facilitaria a vida extraordinariamente! Muito obrigada pela paciência nas manhãs de sexta-feira.

Professora Rosangela (não consigo lembrar sem sorrir), obrigada pelas agradabilíssimas (mas, infelizmente poucas) tardes nas quais a senhora tanto nos cativou ao fazer refletir sobre o nosso “professor interior”. Professor Rogério agradeço pelo reencontro, já que fui sua aluna na graduação e, agora, no mestrado. Obrigada, inclusive, por dividir conosco o fruto de sua capacidade e trabalho: o resultado de suas pesquisas, suas leituras, textos, e de forma geral, toda a bagagem intelectual que o senhor, indiscutivelmente, dispõe. Por tudo isso, meu muito obrigada.

Agradeço ao professor João Pedro que, com toda a humildade que lhe é característica, nos proporcionou debater temas tão apaixonantes com tanta tranquilidade. Ouví-lo falar sobre gestão de políticas públicas não foi a simples incumbência de uma aluna, mas, sim, um prazer e um grande aprendizado.

Professora Mônia. Se fosse somente pela leveza de suas aulas, já teria motivo suficiente para agradecer (pois o nome da disciplina, a primeira vista, já assusta, “Jurisdição Constitucional”). Mas não é somente por isso, a sua competência marcante como Coordenadora Adjunta do PPGD e o incentivo extraclasse em assuntos como publicação de livros, participação em eventos, entre outros, são motivos que se somam ao meu muito obrigada.

Agradeço também, à professora Carô pela devoção à docência. O que pude perceber foi uma professora profundamente dedicada e satisfeita por estar em sala de aula. Professora Caroline, a sala de aula é o seu “habitat natural” e por isto agradeço a oportunidade de ter sido aluna de alguém que já “nasceu professora”.

Agradeço ao professor Clóvis, pela paixão com que nos contagia ao abordar os Direitos Humanos, e pela amizade incessantemente demonstrada fora da sala de aula. O senhor é um exemplo de humanismo, de singeleza e de bom-humor. Sentirei falta dos almoços, que não seriam os mesmos sem os indispensáveis sagú e fruki guaraná, mas, sobretudo, sentirei saudade das conversas animadas, temperadas de rizada e amizade. Por tudo isso, minha sincera gratidão.

Professor Gonzaga Adolfo, um dos encontros mais felizes que o mestrado me proporcionou, não me restam dúvidas. Como sou feliz pela oportunidade de ser sua aluna, professor Gonzaga. Jamais esquecerei as tão aguardadas sexta-feiras de manhã, quando cedo nos encontrávamos em sala de aula para debater com tamanha empolgação, os temas relacionados aos direitos fundamentais na sociedade da informação quando logo nos surpreendíamos com a chegada da (má) notícia de que a manhã havia terminado. Por isso, e por todo o apoio oferecido pelo senhor no grupo de estudos e nas publicações realizadas, muito, muito obrigada. O senhor mora no meu coração. (P.S. Aguardo o “Canoa Quebrada”!)

Professor Janriê, mais um professor que a vida me felicitou com o reencontro após a graduação, onde fostes homenageado como “amigo” da minha turma de formandos. E é exatamente assim que o vejo, um amigo, com o qual tive a honra de aprender. Agradeço pela sua simplicidade, que não permite a construção de barreiras entre o senhor e seus alunos. Agradeço, como não poderia deixar de ser, por ter nos brindado com toda a sua competência e sabedoria.

Agradeço ao professor Raimar, que fechou as aulas do mestrado com “chave de ouro”. Professor Raimar, talvez não tenhas consciência do quão fácil é gostar do senhor. A sua simplicidade e disponibilidade para com os alunos exerce uma influência irresistível de amizade. Agradeço, professor, por ter nos premiado com os diálogos das quintas-feiras à noite, e rogo à vida que esta não tenha sido a única oportunidade que tive de testemunhar a sua genialidade.

Finalmente, agradeço ao meu querido orientador, professor Jorge Renato dos Reis. Agradeço, primeiramente, por ter dito um dia em sala de aula, em meados de 2007/2008, para uma turma grande na qual eu estava incluída, que a graduação era

apenas o primeiro passo para a formação acadêmica. Agradeço por ter dito que havia um curso de mestrado ali mesmo, na UNISC. Agradeço por ter dito também que existiam oportunidades de bolsa na pós-graduação. Agradeço, pois se não fossem estas palavras, eu não teria, anos depois, buscado um curso de mestrado. O nome disto é “incentivo”. E é isto o que o senhor representa para mim: um grande incentivador. Um incentivador da pesquisa e da qualificação profissional, mas sobretudo, um incentivador da retidão de caráter, do bem ao próximo, da solidariedade. O senhor é, no meu ponto de vista, um semeador de valores, de posturas de vida, além de um professor. Se, como disse Rubem Alvez, “ensinar é um exercício de imortalidade”, o senhor pode se considerar um imortal, pois o seu legado não se resume às salas de aula: o que se aprende para a vida não encontra limites nas paredes dos prédios universitários, ecoa, isso sim, pela eternidade, através das vivências de seus alunos. Agradeço professor, pela paciência de sempre, pois não foram poucos os finais de semana nos quais liguei pedindo “socorro” em algum artigo, em projetos ou em questões relacionadas ao estágio em docência.

Agradeço, principalmente, pela confiabilidade que o senhor sempre me permitiu sentir. Se no início havia um certo distanciamento, fruto unicamente da falta de convivência, rapidamente percebi que não havia necessidade de esconder meus receios e dúvidas, pois ali havia mais do que um professor e orientador, havia um amigo e um ser humano pronto para me ouvir e para entender minhas dificuldades. Esta postura, sempre profissional e gentil, conduziu com segurança e tranquilidade meus passos ao longo do mestrado. O crescimento que tive, não apenas acadêmico, mas pessoal, deu-se em grande medida graças a este convívio, professor. Por tais motivos, sou profunda e eternamente grata ao senhor.

Agradeço, ainda, à secretaria do PPGD-UNISC, nas pessoas das secretárias Rosane Michelotti, Eníva Hermes e Rosana Fabra, por todo o auxílio prestado ao longo destes dois anos.

Agradeço aos colegas da turma 2013 do Mestrado, que contribuíram, cada um a seu modo, para o aprendizado que tive ao longo de todo o curso. Mas, como normalmente ocorre, há aqueles com quem mais nos identificamos, a estes, agradeço especialmente, pela amizade, pelo coleguismo, pelo companheirismo, pelas discussões, brigas, chingamentos, e rizadas, pois isso tudo só existe em relacionamentos verdadeiramente próximos: Felipe Dalenogare Alves (“chiqueza”),

Albano Busato Teixeira (“coleguinha”), Michele Braun (sorria Miche!) e Elisangela Furian Fratton (já ouço a gargalhada).

Agradeço especialmente, às minhas “duas mosqueteiras” com quem tive maior convivência nestes dois anos, as colegas e também bolsistas Daniela Lippstein e Francieli Freitas Meotti, por toda a amizade que construímos. Por acordar ao som de “I love it” durante cerca de 60 dias, por todos os capuccinos degustados no bar do “seu Adriano”, por me ajudarem na busca pelo “Beco Diagonal” (sem sucesso). Mas, sobretudo, pelo suporte emocional que me deram a todo o momento, pelas palavras de incentivo quando o cansaço se sobressaía, pelo consolo nas horas de tristeza, meu mais carinhoso agradecimento.

Aos demais bolsistas com os quais pude conviver, dividindo inúmeras manhãs e tardes, e dos quais já sinto saudades, Ana Paula Arrieira Simões, Rodrigo Cristiano Diehl e Cleidiane Sanmartim, minha gratidão e o registro do meu desejo pelo sucesso de vocês. Contem sempre comigo.

Aos colegas que, assim como eu, foram ou são orientandos do professor Jorge, e com os quais tive a oportunidade de conviver, Júlia Bagatini, Ana Paula Pinto da Rocha, Thiago Vian, Monique Pereira, Iuri Bolesina e Mirna Benedetti, agradeço o coleguismo e a oportunidade de crescimento. Especialmente, agradeço à Júlia Bagatini, por todo o auxílio prestado e pela disponibilidade de sempre: tenho um carinho imenso por ti, admiração e respeito sem medida, peço que a vida não me prive jamais da tua amizade e convivência.

Agradeço aos colegas do grupo de pesquisas “Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado” por me proporcionarem a participação em tão acalorados e valiosos debates, registrando meu voto de que este grupo cresça sempre unido em torno de um mesmo objetivo: o desenvolvimento da pesquisa acadêmica em um ambiente de comprometimento aliado à amizade e ao companheirismo.

Deixando as dependências da UNISC, não poderia deixar de agradecer também à Universidade do Minho – UMINHO, que tão carinhosamente me acolheu quando lá estive. O amor que rapidamente cresceu em mim por Portugal não poderia ser maior, só tenho o que agradecer a esta terra tão maravilhosa onde pude aprender tanto: obrigada professor Mário Monte, professora Andreia Sofia Pinto Oliveira, professores Antônio Cândido, Francisco Andrade e Nuno Manuel Pinto de Oliveira, pela acolhida calorosa e amiga.

Agradeço, especialmente, à minha orientadora portuguesa, professora Benedita Ferreira da Silva Mac Crorie da Graça Moura por toda a atenção a mim dispensada, pelas indicações de leitura, pelas sempre bem-vindas correções, minha sincera gratidão.

Agradeço enfim, sem que seja possível nomear a todos, aos que de uma forma ou de outra contribuíram para que este sonho de cursar o Mestrado se tornasse realidade: uma palavra de incentivo, uma carona, um livro emprestado, um pensamento positivo.

Muito obrigado aos “anjos da Terra” que, até mesmo sem saber, contribuem diuturnamente para a realização dos ideais mais altos. Muito obrigada!

“Sigamos, pois, com fé e confiança, a linha traçada pela Mão Infalível. Dirijamo-nos aos nossos fins, como os rios se dirigem para o mar - fecundando a terra e refletindo o céu. “

(León Denis - O Problema do Ser do Destino e da Dor)

RESUMO

A pesquisa aqui transcrita teve como problema a seguinte indagação: o instituto da função social, quando aplicado ao Direito de Autor, age no sentido de atribuir aplicabilidade prática ao princípio constitucional da solidariedade? A fim de atingir a este objetivo principal foi realizada a pesquisa bibliográfica por meio de documentação indireta e, também, pesquisa jurisprudencial. Assim, buscou-se apoio na revisão bibliográfica de doutrina reconhecida em cada um dos temas explorados, através da pesquisa em publicações como artigos, revistas e livros. O método de abordagem utilizado no decorrer da pesquisa foi o hipotético-dedutivo, pois, partindo de duas hipóteses opostas buscou-se a confirmação de uma delas como verdadeira. Justifica-se a realização da presente pesquisa por inúmeras razões, dentre as quais a imperiosidade da leitura de um novo Direito Privado renascido a partir do processo de constitucionalização, que passou a ser interpretado e aplicado sob a luz de princípios como o da solidariedade. Desta forma, tornou-se relevante a verificação em torno da forma como tais princípios podem incidir na normativa privada e, assim, tornar efetiva a necessária harmonia entre o Direito Público e o Direito Privado. O presente estudo harmonizou-se à linha de pesquisa “Constitucionalismo Contemporâneo”, do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – RS, na medida em que esta linha de pesquisa destina-se à compreensão do fenômeno constitucional em toda a sua amplitude. Para atingir a este objetivo principal, em um primeiro momento foi analisado o ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, com o intuito de perceber de que forma a normativa privada, na qual o Direito de Autor está inserido, recebe os influxos constitucionais. Em um segundo momento, ainda no sentido de perceber os contornos do direito na contemporaneidade efetuou-se a abordagem dos Direitos Humanos, observando tanto sua relevância no cenário internacional quanto no contexto brasileiro. A abordagem dos Direitos Humanos possibilitou fosse iniciado o estudo do princípio da solidariedade verificando suas origens e sua forma de aplicação prática. Por fim, os Direitos de Autor foram analisados na etapa final da pesquisa. Estes direitos foram ambientados de acordo com a realidade que atualmente os coloca face a inúmeros desafios, como, por exemplo, a crescente demanda por acesso à informação, à cultura e à educação e a facilidade de acesso à obras intelectuais proporcionada pelos meios virtuais. A derradeira etapa da pesquisa aqui relatada analisou o instituto da função social como uma forma de aplicação do princípio da solidariedade ao Direito de Autor, respondendo ao objetivo principal da pesquisa ao concluir que o instituto da função social, quando aplicado sobre o Direito de Autor, atua no sentido da efetivação do princípio constitucional da solidariedade. O Direito de Autor, respeitado seu caráter híbrido (moral e patrimonial) não se distancia da aplicação do instituto da função social. Desta forma, apesar de não ser o único instrumento de efetivação do princípio da solidariedade, o instituto da função social, quando aplicado ao Direito de Autor, parece fazer incidir sobre este ramo do Direito a substância contida no princípio da solidariedade na medida em que este instituto opera como uma ferramenta de concretização do exercício do Direito de Autor em consonância com os direitos fundamentais que, juntos, salvaguardam e conformam o princípio maior de dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Constitucionalização. Direito Privado. Direito de Autor. Solidariedade. Função Social.

ABSTRACT

The research described below points at one main question: Do institutionalized social functions work towards giving practical applicability to the constitutional principle of solidarity when it is applied to property rights? Aiming at reaching this main goal, we developed a bibliographic research based on indirect documentation along with a jurisprudential investigation. Thus, a recognized literature review- performed through the analysis of publications such as articles, magazines and books – supported this research in each one of the topics explored during its performance. The approach method used here was the hypothetical-deductive one, because, from two opposing hypotheses, one was sought to be confirmed as true. The development of this study may be explained by several reasons, among which we can highlight the imperiousness of a new Private Law reading, that reborn from the constitutional process, which has come to be interpreted and applied in the light of principles such as solidarity. This way, it was relevant checking out how such principles may have focused on private rules, and, then, make it effective the necessary harmony between the Public and Private Laws. This study worked in line with information proposed by the research field "Contemporary "Constitutionalism" proposed by the Master and PhD programs of the University of Santa Cruz do Sul – RS. This research line aims at understanding constitutional phenomena as a whole. In order to reach such goal, we first analyzed the contemporary Brazilian Legal System to understand to which extent private rules—where property rights are inserted in – receive constitutional inflows. Secondly, the study approached Human Rights. This was performed to have an idea about their importance internationally and inside the Brazilian context. The human rights approach made it possible to ignite a study on the principles of solidarity, checking its background and applicability. Lastly, different property rights were analyzed in the final stage of the research. These rights were acclimatized according to the reality that currently puts them face a number of challenges, such as the growing demand for access to information, culture and education and the ease of access to intellectual work enabled by virtual means. The final step of this research evaluated the institutionalizing process of social functions as path for the application of principles related to solidarity to property rights. And, the fact that the research has reached the conclusion that institutionalized social functions work towards implementing the constitutional principle of solidarity made our study reach its initial goal. Property rights, respecting their hybrid profile (moral and property) does not distance itself from the application of institutionalized social functions. This way, although it is not the only tool for achieving the principle of solidarity, institutionalized social functions, when applied to property rights, seem to focus on the line of the law allowing the right to the substance contained in the principle of solidarity as in which this Institute operates as an embodiment tool of author's property rights in consonance with the fundamental rights which, together, safeguard and make up the major principles of human dignity.

Key-words: Constitutionalisation. Private Law. Property rights. Solidarity. Social Function.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO – POSSIBILIDADES E DESAFIOS.....	19
2.1 O Ordenamento Jurídico como Uno e Indivisível: a Constituição Federal e sua concepção contemporânea	20
2.2 A Constituição Federal como Centro Irradiador do Ordenamento Jurídico: a constitucionalização do Direito Privado	36
2.3 Formas de Incidência das Normas Constitucionais nas Relações Privadas	43
3 OS DIREITOS HUMANOS E O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE: A NOVA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL	50
3.1 Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais: da fraternidade à solidariedade	51
3.2 Fraternidade Ontem, Solidariedade Hoje: Abordagem Histórica do Surgimento do Ideal Solidarista e da Superação do Individualismo	61
3.3 Aplicabilidade e Desdobramentos do Princípio da Solidariedade : Solidariedade e Função Social	69
4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE AUTOR : a função social como efetivadora do princípio da solidariedade no direito de autor	79
4.1 Evolução e Abrangência do Direito de Autor, Aspectos Morais e Patrimoniais: o Direito de Autor no “jardim ”	80
4.2 A Sociedade da Informação, Acesso à Cultura, à Educação e à Informação: Direito de Autor na “praça	90
4.3 Individualismo <i>versus</i> Funcionalismo: jardim <i>versus</i> praça - a função social como forma de atenção ao princípio da solidariedade no âmbito do Direito de Autor	101
5 CONCLUSÃO.....	111
6 REFERÊNCIAS	117

1. INTRODUÇÃO

Entender a dinamicidade do Direito, pesquisar sua evolução para compreender sua feição contemporânea ou buscar o sentido de suas normas, constituem algumas ações - em meio a tantas outras - que se fazem necessárias à compreensão do Direito como um fenômeno social e mutável.

Tendo em vista o objetivo aqui proposto parece essencial que se inicie a pesquisa a partir das características do texto constitucional. Afinal, objetivando estudar um tema que se insere na constitucionalização do direito privado, parece coerente que se inicie pela constitucionalização do Direito, como um todo, para que então, após este primeiro momento, a pesquisa flua naturalmente para o direito privado e os reflexos da constitucionalização sobre este ramo.

A trajetória política brasileira culminou, após um período de regime ditatorial, em um processo de retomada do Estado Democrático de Direito. Este processo de reconstrução da democracia refletiu na Constituição Federal de 1988 as cores da esperança na construção de um país melhor, no qual a igualdade saísse da frieza do papel e ganhasse vida na tão sonhada realidade material. Esta nova Carta Magna expressou a intenção de construir uma nação que não fosse apenas livre, tampouco “apenas” justa, mas, especialmente, solidária.

Um projeto como esse não poderia deixar de fora uma figura importante: a pessoa humana. E não deixou. A dignidade da pessoa humana não só faz parte do texto da Constituição Federal como é seu eixo principal. Nem patrimônio, nem poder, nem qualquer tipo de riqueza tem importância maior do que a pessoa humana e a preservação de sua dignidade. Assim, este viés humanista trazido pela nova Carta Magna espraia-se pela totalidade do ordenamento, inundando, por exemplo, a legislação privada de novos preceitos, de forma que o patrimônio perde seu espaço de protagonista das relações civis. Este ponto será foco de alguns tópicos que serão desenvolvidos, após uma primeira passagem pela Constituição Federal.

Esse manancial de promessas e de possibilidades trouxe consigo imensos desafios: como realizar tantos projetos? De quem é o dever de implementar as políticas públicas necessárias? Fala-se em Direitos, mas não seria necessário, também, lançar um olhar sobre possíveis deveres? A quem cabe suportar as despesas que tais projetos inevitavelmente gerarão? Estes são alguns entre tantos

outros questionamentos possíveis. Porém, não sendo objeto da presente pesquisa, servem aqui apenas para exemplificar os desafios postos pelo advento da atual normativa constitucional. Entre os desafios postos e as perspectivas possíveis, cuida-se, aqui, de analisar de que maneira as relações privadas se harmonizam com as normas constitucionais (e, portanto, normas de direito público). É com o intuito de alargar tais perspectivas que o texto aqui apresentado será construído.

Mas, olhar apenas para a realidade brasileira já não é o suficiente, é necessáriaa buscar horizontes maiores: voltando os olhos para a própria humanidade. Como uma família imensa e sem fronteiras. É assim que o Direito deve ser compreendido.

A história da humanidade se encaminhou para esta concepção. Não é sem motivos que hoje o Direito se vê indissociavelmente conectado à uma função (utilidade, finalidade, objetivo) social, não sem razão, por exemplo, os contratos são norteados pela boa-fé e pela confiança. O solidarismo jurídico, conforme se verá, não é fruto senão da percepção de que mais do que manter a “ordem” entre as pessoas, o Direito pode compreender um amplo papel atuando como incentivador/garantidor do próprio desenvolvimento humano.

Quem não conhece sua história está condenado a revivê-la, é o que popularmente se diz. Pois se é assim, note-se que a história trouxe uma mensagem clara à humanidade: “enquanto cada homem lutar por si próprio, ignorando a sua substancial necessidade de convivência com o outro, a grande família humana estará garantindo o seu próprio sofrimento”. Onde isto está escrito? Lugar algum, acredita-se. A não ser nas entrelinhas do passado, nos resultados advindos do egocentrismo nazista e na avareza do patrimonialismo extremo. Basta ter olhos capazes de ver o que o “filme” do tempo mostra, para reparar que os ideais de liberdade e igualdade originários da Revolução Francesa não foram suficientes para evitar as atrocidades perpetradas diuturnamente, a exemplo da exploração do mais pobre pelo mais rico.

Isto ocorre precisamente porque faltou a este ideário a implementação do ideal de fraternidade, historicamente obscurecida pelos dois primeiros anseios. Desta forma, a humanidade foi ao mesmo tempo autora e vítima de cruéis acontecimentos: no Estado Liberal a lógica patrimonialista instituiu a inversão dos valores. Neste período, no Brasil, a própria noção de família seguia a lógica onde mais importava a proteção do patrimônio do que a proteção da dignidade dos filhos

forâneos ao casamento. Preferia-se negar a paternidade a estes filhos, do que admitir a divisão do patrimônio com estes, sob o pretexto de que estes filhos (na época chamados “adulterinos”) poderiam causar a ruína do matrimônio.

Mas não somente no que tange à família, a lógica do período liberal foi “proteção do patrimônio”, sempre e em primeiro lugar. O contrato, é mais um dos inúmeros exemplos existentes de que o Direito tutelou excessivamente, e por longo período, o bem errado. O princípio da *“pacta sunt servanda”* que, embora não esteja esvaziado de sentido, foi largamente utilizado como sustentáculo da exploração do mais fraco pelo mais forte. Assim, o contrato vinculava as partes de tal forma às avenças assumidas que a proteção aos direitos mais humanos e fundamentais acabavam não importando tanto quanto o cumprimento deste contrato. As imprevisibilidades da vida, por exemplo, não constituíam um bom fundamento para que se modificassem cláusulas contratuais, menos ainda, justificariam o descumprimento de um contrato. Mesmo que tais imprevisibilidades resultassem em ofensa à própria dignidade humana, impedindo, por exemplo, alguém de se sustentar dignamente ou de prover o sustento de sua família: importava, apenas, a previsibilidade do contrato, calcada na segurança de que de uma forma ou de outra, mesmo que em sacrifício de bens de incomensurável valor, o pacto seria cumprido.

Eis que a “luz” se faz. Após anos de injustiças como a exemplificada acima, e, é claro, fruto de dores tão grandes que cada um dos seres humanos que habitam a Terra poderia sentir (entenda-se aqui “Guerras Mundiais”), finalmente, percebeceu-se que esta lógica não poderia seguir guiando o ser humano. A Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe em seu preâmbulo, como quem diz que “antes de mais nada, é preciso destacar”, que é reconhecida a dignidade de todos e de cada membro da “família humana”. Menciona também, que o desprezo pelos direitos humanos resultaram em “barbáries” e que tais barbáries ultrajaram a “consciência da Humanidade”. Reconhece-se, assim, a existência de uma consciência maior, de uma consciência que transcende a consciência individual. Existe uma família maior, que não se resume aos membros de cada grupo familiar isoladamente, trata-se da família que carrega o “sobrenome” humanidade.

Sobretudo, parece que com tais afirmações, reconhece-se que não há dano passível de afetar apenas este ou aquele local do globo: em alguma medida, a humanidade toda é afetada pelas atitudes de cada um de seus membros. O mundo todo está conectado. Não é à toa que a Declaração dispõe já em seu artigo primeiro,

a respeito da necessidade de que cada ser humano aja em relação ao outro com “espírito de fraternidade”. Mas e o que vem a ser isto? Esta não é apenas uma boa questão, esta é “a” questão da atualidade.

Internamente, o ordenamento jurídico brasileiro não fala em fraternidade, mas sim em “solidariedade”. Seriam sinônimos? Acredita-se que não, mas é necessário que sejam reveladas as razões para tal crença. É o que se busca no segundo capítulo do presente trabalho.

Mas antes de encerrar esta breve introdução há que se dialogar, obviamente, a respeito do ramo do Direito aqui eleito para análise: o Direito de Autor. Em um primeiro momento, pode parecer que os assuntos aqui tratados não possuem conexão: em que medida se relacionam, afinal, a fraternidade ou solidariedade e o Direito de Autor? Mas basta um exercício rápido de reflexão para que este liame se torne claro e para que o problema aqui abordado seja percebido.

O Direito de Autor protege um patrimônio imaterial: a criação intelectual, os frutos oriundos não apenas da atividade física, mas da atividade espiritual. Ocorre que a relevância de tais criações as coloca em uma posição de destaque, de forma que criam-se profundos anseios de acesso a tais bens, especialmente por constituírem-se em fontes de: desenvolvimento, cultura, educação, informação, conhecimento, etc. Assim é que se chega à problematização aqui analisada: em se tratando de bens de tão destacado valor, seria correto supor que, de alguma forma, o ideário solidarista a estes se estenda? Se acredita-se na concepção de que toda humanidade possui laços de coesão, de maneira que os bens mais valiosos, entre eles, por óbvio, a dignidade humana, devem ser respeitados por todos, os Direitos de Autor, não deveriam estar incluídos nesta concepção?

Parece coerente supor que sim. Parece coerente supor que entre bens materiais (propriedade imobiliária, por exemplo) e imateriais (liberdade, por exemplo) os bens imateriais devam ter alguma prevalência. Mas e quando a contenda envolve, de ambos os lados, a preservação/alcance a bens imateriais, como, por exemplo, os direitos morais de autor e o acesso à educação, como é possível solucionar esta equação?

Notadamente, o instituto da função social, se aplicado ao Direito de Autor, age como um instrumento para a realização prática do princípio da solidariedade, afinando este ramo do direito privado aos anseios constitucionais, como quer a chamada “constitucionalização do direito privado”? Buscar respostas para tais

questionamentos é o desafio que se revela nas próximas linhas. No intuito de alcançar este objetivo busca-se na doutrina mais afinada ao tema o suporte científico necessário para a verificação da veracidade ou não das hipóteses propostas: o instituto da função social, aplicado ao Direito de Autor realiza o objetivo constitucional da solidariedade, sim, ou não? A consulta bibliográfica em literatura jurídica nacional e estrangeira é o pilar para a construção de todo o raciocínio a ser desenvolvido.

A única certeza que se tem, desde o início, é a de que o Direito ingressou em uma nova era. Uma era na qual não há espaço para o egocentrismo e para o individualismo em excesso. Uma era na qual a condição humana é o eixo central de toda e qualquer questão jurídica. Uma era para a qual todos os operadores do Direito devem despertar. Não há mais lugar para um Direito frio e desatento à realidade, nem para um Direito insensível à natureza humana. Abrem-se as portas para o novo, o atual paradigma do direito é o ser humano, por mais surreal que pareça o fato de que somente agora se percebe que a própria razão de ser do Direito é o ser humano e a sua natureza social.

Como uma criança que sofreu as agruras de uma infância desamparada, o Direito evoluiu a assimilar seus próprios erros, e traça, assim, seus anseios futuros. Esta é a maior contribuição que se espera alcançar aqui, provocar a reflexão em torno dos rumos do Direito, e com ele, a reflexão sobre os rumos da própria humanidade.

2 O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO – POSSIBILIDADES E DESAFIOS

*“[...] chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa.”
Luís Roberto Barroso*

Fruto de uma história feita de vitórias e de derrotas, mas, sobretudo, feita de muitas lutas, o constitucionalismo contemporâneo chega aos dias correntes carregado tanto de promessas quanto de esperanças. Se hoje é possível falar em solidariedade, em bem-comum ou cooperação, é preciso lembrar que nem sempre foi assim.

Há uma nova (nova?) “arma” com a qual se defender nas batalhas da vida: a Constituição Federal. Embora não seja um documento inédito, o papel por ela desempenhado atualmente é novo, e por isto, a Constituição figura como uma estreante em um filme protagonizado por ela mesma. Ou seja, embora trate-se do diploma legal fundamental do ordenamento jurídico, sustentáculo e base de todas as demais normas e, portanto, do próprio capítulo inaugural do ordenamento jurídico, nunca antes a Constituição havia sido concebida com tamanha efetividade prática.

O que mudou foi o entendimento em torno deste diploma: historicamente considerado como um “plano” a ser seguido (ou não), um documento destinado a instituir apenas o necessário para que a organização do Estado e dispôr sobre ideais fundamentais, porém sem o compromisso de efetivar de imediato tais ideais (os Direitos Fundamentais). Hoje, a Constituição Federal é mais do que isto. É o principal instrumento a ser invocado na defesa dos Direitos Fundamentais, embora não seja o único.

O “constitucionalismo contemporâneo” conclama os operadores do Direito a comungarem desta nova concepção e a colocarem em prática os objetivos previstos no texto constitucional: seja na prática jurídica, ou na vida diária, não há lugar no projeto constitucional atual para a hipocrisia típica dos projetos que não saem do papel. O ordenamento jurídico está integralmente imbuído da obrigação de realizar a Constituição. O futuro chegou e hoje é o dia perfeito para que se construa uma sociedade, livre, justa e solidária.

2.1 O Ordenamento Jurídico como Uno e Indivisível: a Constituição Federal e sua concepção contemporânea

No sentido de compreender a forma pela qual se dá a harmonização do complexo corpo normativo que conforma o ordenamento jurídico brasileiro o presente tópico visa abordar os aspectos que conformam a Constituição Federal. A aproximação entre as disposições constitucionais e a tutela proferida pela normativa infraconstitucional busca contextualizar esta noção na realidade¹ jurídica contemporânea. A percepção do panorama no qual, na data de 05 de outubro de 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada inicia a análise dos aspectos conformadores da Carta Maior brasileira.

O cenário no qual foi promulgada a Constituição Federal de 1988 foi o do retorno à democracia, da abertura econômica e da emergência de movimentos sociais. (FACHIN, 2009, p. 21) No Brasil, o processo de reconstitucionalização marcou a transição de um regime autoritário para o Estado democrático de direito e deu início a um período de estabilidade no qual vários fatos importantes sobreviram. Entre eles, é possível mencionar o *impeachment* de um Presidente, o afastamento de Senadores, a eleição de um Presidente da República pertencente ao Partido dos Trabalhadores, a denúncia de esquemas de vantagens, entre outros acontecimentos. Mas o que importa mencionar aqui é que todos os episódios foram solucionados com profunda consideração à legalidade constitucional. Neste tocante, destaque-se o nascimento de um “sentimento constitucional²”, que mesmo ainda que acanhado traduz-se em um sentimento maior de respeito pela Constituição. (BARROSO, 2007, p. 207)

Esse cenário “[...] gerou no constituinte de 1988 uma grande vontade política em tornar a Carta Magna da jovem nação brasileira algo mais que a Constituição de papel que Ferdinand Lassale desenhara nos idos do século XIX.” (FACHIN, 2009, p. 21) Esta seria a primeira entre as Constituições brasileiras a se relacionar às lutas sociais por direitos, ou seja, grupos como, por exemplo, o dos trabalhadores, têm, contemporaneamente, recorrido ao texto constitucional em busca de um instrumento

¹ Sobre a necessidade de conformação entre a norma e a realidade que a subjaz: “A despeito de sua evidência, esse ponto de partida exige particular realce, uma vez que o pensamento constitucional do passado recente está marcado pelo isolamento entre norma e realidade, como se constata tanto no positivismo jurídico de Escola de Paul Laband e Georg Jellinek, quanto no positivismo sociológico de Carl Schmitt. Os efeitos dessa concepção ainda não foram superados.” (HESSE, 1991, p. 13-14)

² Conforme expressão utilizada pelo autor em seu texto original. (BARROSO, 2007, p. 207)

para o alcance de suas reivindicações. (SARMENTO, 2007, p. 125) A Constituição, simbolicamente “[...] quis representar a superação de um modelo autoritário e excludente de Estado e sociedade e selar um novo começo na trajetória político-institucional do país.” (SARMENTO, 2007, p. 123) Ou seja, o Brasil deixava às suas costas um passado próximo do qual faria o possível para se desprender. A nova carta constitucional estabeleceu, assim, um recomeço jurídico e social repleto de perspectivas favoráveis: a dignidade da pessoa humana sendo a base forte de todo o ordenamento, movimentos sociais ganhando voz em contraponto a toda a censura anteriormente sofrida e, sobretudo, a possibilidade de ver as promessas dispostas nas folhas da Constituição ganharem vida por meio de sua concretização fática.

Nesse contexto, a rigidez da divisão entre público e privado se revela, assim, mais tênue, e o texto constitucional passa a inundar o Direito como um todo, e o Direito Privado³, especificamente, de forma incisiva, a ponto de originar a expressão “Constitucionalização do Direito Privado”.

A Constitucionalização do Direito Privado é a concepção de acordo com a qual o direito privado, necessariamente, encontra-se submetido aos fundamentos constitucionais, no sentido de que deve ser lido sob a ótica dos princípios e regras estabelecidos na Constituição. (REIS, 2003, p. 786-787)

Ganha força, neste cenário, a jurisprudência em torno da interpretação conforme a Constituição, que entende pela não anulação de leis que possam ser interpretadas em conformidade com o texto constitucional. (FACHIN, 2009, p. 22-23) Assim, “[...] a constitucionalização do Direito vai desafiar antigas fronteiras como Direito Público/Direito Privado e Estado/sociedade civil.” (SARMENTO, 2007, p. 122) Tal desafio advém do entendimento de que a Constituição é a lei maior de toda a sociedade, não havendo ramo a ela alheio. (SARMENTO, 2007, p. 122)

É imprescindível que se perceba o ordenamento jurídico em sua complexa unidade, dentro da qual os princípios constitucionais existem na condição de guias,

³ Sobre a divisão entre Direito Público e Direito Privado, Émile Durkheim explica que: “Pra este trabalho não podemos nos servir das distinções usuais dos juriconsultos. Imaginadas para a prática, podem ser muito cômodas sob este ponto de vista, mas a ciência não pode contentar-se com estas classificações empíricas e inexatas. A mais difundida é aquela que divide o direito em direito público e em direito privado; o primeiro deve regular as reações do indivíduo com o Estado; o segundo, aquelas dos indivíduos entre si. **Mas, quando se tenta analisar os conceitos de perto, a linha de demarcação que parecia tão clara à primeira vista, se apaga. Todo direito é privado, no sentido de que sempre e em toda parte se trata de indivíduos e suas ações; mas, sobretudo, todo direito é público, no sentido de que é uma função social e de que todos os indivíduos são, se bem que sob diversos títulos, funcionários da sociedade.**”(sem grifo no original, DURKHEIM, 1983, p. 34)

agindo como centro da multiplicidade de fontes do Direito. Desta forma, torna-se impossível que o ordenamento jurídico seja percebido como policêntrico, ou seja, como um sistema fragmentado em ramos incomunicáveis e autônomos. (PERLINGIERI, 2008, p. 2)

Torna-se latente, assim, o papel de protagonista desempenhado pela Constituição Federal quando vislumbrada dentro do contexto jurídico brasileiro.

Sinteticamente, essa nova concepção de ordenamento jurídico, constitucionalizado, é fruto de uma série de novas concepções e tem seus marcos histórico, filosófico e teórico:

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito. (grifo do autor, BARROSO, 2007, p. 216)

Este processo de constitucionalização, inaugurado pela Carta de 1988 transformou a supremacia formal da Constituição para uma supremacia material⁴, calcada, inclusive, na normatividade de sua principiologia. (BARROSO, 2007, p. 226) Não basta, portanto, que a Constituição figure como a “Carta Maior”, como lei suprema do ordenamento, à qual todas as demais devem atenção: é preciso que a realidade a ela subjacente seja o espelho no qual se reflitam as suas disposições. A Constituição não se presta a figurar como um mero símbolo dentro do ordenamento, possuindo a forma de um projeto de país que, entre outros predicados, se quer livre,

⁴ A título de explicação seguem as palavras de Hans Kelsen (1998, p. 155):” A Constituição é aqui entendida num sentido material, quer dizer: com esta palavra significa-se a norma positiva ou as normas positivas através das quais é regulada a produção das normas jurídicas gerais. [...]Da Constituição em sentido material deve distinguir-se a Constituição em sentido formal, isto é, um documento designado como “Constituição” que - como Constituição escrita – não só contém normas que regulam a produção de normas gerais, isto é, a legislação, mas também normas que se referem a outros assuntos politicamente importantes e, além disso, preceitos por força dos quais as normas contidas neste documento, a lei constitucional, não podem ser revogadas ou alteradas pela mesma forma que as leis simples, mas somente através de processo especial submetido a requisitos mais severos. Estas determinações representam a forma da Constituição que, como forma, pode assumir qualquer conteúdo e que, em primeira linha, serve para a estabilização das normas que aqui são designadas como Constituição material e que são o fundamento de Direito positivo de qualquer ordem jurídica estadual.”

justo, e solidário. É preciso que o mundo “real”, fático, material se transfigure na concretização deste “dever-ser”.

Destaque-se que, conforme ensina Konrad Hesse (1991, p. 14), a existência da norma constitucional vincula-se inafastavelmente com a realidade, de forma que a própria essência da Constituição está atreada à sua vigência. O que se quer dizer com isso é que a pretensão da Constituição é a de que as situações nela especificadas efetivamente tornem-se realidade. Tal pretensão relaciona-se, também, às circunstâncias históricas subjacentes, bem como as circunstâncias naturais, técnicas, sociais e econômicas afim de que seja alcançada a eficácia pretendida pela norma jurídica. Não esquecendo, ainda, que esta eficácia relaciona-se também o “substrato espiritual”⁵ do povo ao qual se dirige, ou seja, suas concepções e suas balizas axiológicas. (HESSE, 1991, p. 14-15) Assim, “[...] a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva”. (HESSE, 1991, p. 18)

Trata-se da chamada “vontade de Consituição”, abordada por Hesse (1991, p. 19) como sendo necessária à consciência geral, mas, especialmente, à consciência dos responsáveis pela ordem constitucional. (HESSE, 1991, p. 19) Ou seja, é necessário que a vontade de dar vida aos preceitos constitucionais encontre morada, muito especialmente, entre seus pretensos aplicadores.

Muito embora a Constituição de 1988 apresente um caráter dirigente, este não se contrapõe ao fato de que a Constituição é, também, compromissória. Significa dizer, que se trata de uma Constituição que preserva um viés pluralista e abarca uma heterogeneidade de valores, como, por exemplo, de um lado a livre iniciativa e, de outro, a solidariedade social, (SARMENTO, 2007, p. 125) Sitetizando, no projeto explicitado na Constituição há espaço para todos.

A esta Carta Constitucional, abraçada pela sociedade na busca pela concretização de seus Direitos foi, finalmente, atribuída força normativa. Ou seja, passa a ser uma ideia ultrapassada a de que a Constituição é apenas uma proposta futura e que poderia, ou não, um dia vir a se tornar realidade. Destaque-se que “a *falta de efetividade* das sucessivas Constituições brasileiras decorreu do não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de

⁵ Conforme expressão utilizada pelo próprio autor. (HESSE, 1991, p. 11)

dar-lhes aplicabilidade direta e imediata.” (grifo no original, BARROSO; BARCELLOS, 2006, p. 328)

Em verdade, mais do que a imperatividade das normas constitucionais, “a Constituição passa a ser a lente através da qual se leem e se interpretam todas as normas constitucionais”. (BARROSO; BARCELLOS, 2006, p. 329) Se o ordenamento jurídico pudesse ser, figurativamente, comparado a uma família, seria possível afirmar: A “mãe Constituição” não despreza a nenhum de seus “filhos” (diplomas legais), de forma que todos eles recebem a sua influência e a ela devem seu respeito e atenção. Em não sendo assim, correm sério risco de ser mandados “embora de casa”, excluídos da “família ordenamento”, por estarem em desarmonia com o espírito familiar.

Fala-se, contemporaneamente, em “pós-positivismo”, em “ascensão dos princípios”, em “nova hermenêutica”, e uma série de outras expressões que se misturam e se confundem na intenção de expressar um novo ideário. No sentido de buscar a melhor compreensão em torno dos aspectos contemporâneos do ordenamento jurídico brasileiro, serão agora traçadas algumas linhas acerca de tais expressões no sentido de elucidar a sua relação com a matéria aqui tratada.

Primordialmente orientada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, seu norte axiológico, a Carta Constitucional brasileira de 1988 é construída por regras e princípios. Os princípios constituem o cerne deste sistema e estão ao lado das regras, inseridos no gênero “norma”. (FACHIN, 2009, p. 17-20) No campo do Direito, os princípios exercem uma função também originária, figurando como o alicerce para as demais normas jurídicas e internalizando no ordenamento os valores⁶ de sua sociedade.

Os princípios constitucionais direcionam a Constituição para um viés moral, pois positivam juridicamente valores oriundos do direito natural e obrigam o intérprete a realizar uma leitura axiológica do texto constitucional. Pode-se dizer que, atualmente, é majoritário o entendimento segundo o qual os princípios, ao lado das regras, e, resguardadas suas dessemelhanças, são normas jurídicas.

⁶ Importa que seja feita aqui uma explicação. Não que se pretende que valores e princípios sejam sinônimos. Convém, neste tocante, invocar a explicação de Robert Alexy neste sentido: “A diferença entre princípios e valores é reduzida, assim, a um ponto. Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido; e aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo.” (grifo no original, ALEXY, 2011, p. 153)

(SARMENTO, 2004, p. 79/82) Apesar de serem ambos, espécies do gênero normas jurídicas, é necessário que se guarde as diferenças substanciais existentes entre princípios e regras, inclusive para que se consiga compreender, a abordagem que se realizará na sequencia, em torno da ponderação de princípios.

Sarmiento (2004, p. 82) invocando as lições de Canotilho, aborda os critérios que distinguem princípios e regras: grau de abstração, grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto, fundamentalidade no sistema de fontes de direito, “proximidade” da ideia de direito e natureza normogenética. Ou seja, o nível de abstração que os princípios consubstanciam é maior se comparado às regras. Os princípios são vagos e indeterminados, exigindo, portanto, uma intermediação para que sejam concretizados ao passo que as regras podem ser diretamente aplicadas. Os princípios possuem fundamentalidade dentro do ordenamento jurídico e atuam como padrões vinculantes. Finalmente, os princípios estão na base. Servem como fundamento, e desempenham, por isso, um papel normogenético.

O grande ponto de distinção entre regras e princípios é o de que estes “ [...] são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fácticas existentes.” (ALEXY, 2011, p. 90) Por este motivo, Alexy chama os princípios de “mandados de otimização”, já que são satisfeitos em diferentes graus, de maneira que esta satisfação está atrelada tanto a circunstâncias fácticas quanto jurídicas. (ALEXY, 2011, p. 90)

Mas, afinal, porque razão, após feita uma provocação sobre o “pós-positivismo” o presente texto desviou seu rumo e iniciou a abordagem em torno dos princípios? Primeiro, porque não se trata de um desvio, apenas de uma curva. Isso, porque era necessário que primeiramente se alcançasse um entendimento em torno do papel desempenhado pelos princípios no ordenamento jurídico brasileiro, para que, então, fosse possível adentrar na questão do pós-positivismo.

O positivismo jurídico e a rigorosa divisão entre ética e Direito, desde a segunda metade do século XX, já não se mostravam adequados aos anseios da humanidade, de forma que o constitucionalismo moderno proporcionou este encontro. Desta forma, os anseios da sociedade são transpostos ao ordenamento jurídico, posto que, “os princípios constitucionais, portanto, explícitos ou não⁷,

⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 92) tratando dos princípios constitucionais do direito administrativo, faz uma distinção que parece conveniente seja trazida ao presente estudo quando aborda os “princípios expressos e implícitos”: “ Fácil é ver-se, entretanto, que inúmeros outros

passam a ser a síntese dos valores abrigados no ordenamento jurídico. Eles espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins.” (BARROSO, 2006, p. 28-29) Conforme explica Pérez Luño (2007-a, p. 73) *“el positivismo jurídico representaba em el plano metodológico la exigencia de realizar una aproximación al fenómeno jurídico limitada a un estudio acrítico del derecho positivo”* e segue a sua explicação mencionando que *“el positivismo condujo [...], al formalismo jurídico, al considerar únicamente como derecho la norma emanada del Estado [...], y com independencia de que su contenido material responda o no a un determinado orden de valores”*. As consequências deste afastamento entre a norma e uma ordem valorativa serão melhor abordada no segundo capítulo, na abordagem dos Direitos Humano.

O direito constitucional contemporâneo tem como um de seus traços principais, a imputação de normatividade acrescida da posição de centralidade que os princípios ocupam. Diante desta concepção entra em colapso o positivismo, fundamentalmente as ideias centrais de separação entre moral e Direito e de que a aplicação do Direito deve se utilizar unicamente da racionalidade formal. Os princípios, antes pouco explorados (quase “ilustres desconhecidos”) retornam como o meio de comunicação entre o Direito e a moral. (SARMENTO, 2004, p. 78-79)

A teoria moderna dos princípios vai insurgir contra estas ideias, pois ela vai insistir na necessidade de não deixar os atos de aplicação do direito fora do âmbito da argumentação racional e do controle social. Neste sentido, ela se casa com o processo de revalorização, no universo jurídico, da racionalidade prática, importando na adoção de uma compreensão muito mais rica da hermenêutica jurídica. (SARMENTO, 2004, p. 80-81)

Cabe aqui uma breve explicação. Não se pretende dar margem a dúvidas quanto à concepção que aqui se adota em relação aos princípios constitucionais, em um primeiro momento, e com relação aos direitos fundamentais em um segundo momento. Portanto, de maneira sucinta esclareça-se que o entendimento aqui exposto é o de que os princípios constitucionais, em virtude de suas características conformadoras, fundamentalidade e carga valorativa, possam ser também considerados direitos fundamentais. Já os direitos fundamentais (que serão

merecem igualmente consagração constitucional: uns por constarem expressamente da Lei Maior, conquanto não mencionados no art. 37, *caput*; outros, por nele estarem abrigados logicamente, isto é, como consequências irrefragáveis dos aludidos princípios; outros, finalmente, por serem implicações evidentes do próprio Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo.” Ou seja, existem princípios que estão expressos no texto constitucional e princípios que embora não estejam expressos decorrem logicamente daqueles.

devidamente abordados a seguir), por sua vez, não necessariamente se transfiguram em princípios, dependendo da análise de cada direito fundamental isoladamente.

Pois bem, seguindo com o exposto, é neste ponto que a verificação do termo “pós-positivismo” dá o exórdio para o início da análise do termo seguinte, qual seja, a “nova hermenêutica”. Mantendo a sequência de raciocínio necessária à melhor compreensão do conteúdo em foco, traz-se ao texto a explicação de Luís Roberto Barroso (2006, p. 26-27) ao esclarecer que “o *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica*⁸ e a teoria dos direitos fundamentais.” (grifo no original) Esta confluência de valores, aspectos morais e interpretação jurídica se exterioriza na prática hermenêutica contemporânea, fazendo jus ao novo ideário apresentado pelo pós-positivismo.

Se por um lado, soluciona-se o problema do distanciamento entre o Direito e os aspectos morais que o circundam, por outro surgem novas críticas e novos questionamentos⁹. Como a abertura interpretativa imanente aos princípios e sua carga de subjetividade permitirão ao intérprete a sua aplicação ao caso concreto? Como resguardar a segurança jurídica, ameaçada pela discricionariedade do juiz¹⁰? Buscando a resposta para tais angústias, inicia-se a análise dos dois próximos tópicos, os quais abordarão a ponderação e argumentação jurídica.

Ocorrendo um conflito entre regras, o que se denomina antinomia, torna-se necessária a inclusão de uma cláusula de exceção que dissolva o conflito verificado: ou, de outra forma, declare uma das regras conflituosas como inválida. Já no caso das colisões entre princípios, a solução que se dá é diversa. Neste caso, nenhum

⁸ No sentido de aprofundar a abordagem da chamada “nova hermenêutica”: “Essa noção de Constituição aberta parte, por sua vez, do pressuposto de que a diferenciação social e o pluralismo são as principais características da sociedade contemporânea, razão pela qual, num contexto de conflitividade política e social [...] entendem os autores desta assim denominada *Nova Hermenêutica* que não seria razoável tomar o ordenamento constitucional como um sistema normativo completo e fechado, caracterizado pela ordem e pela unidade.” (grifo no original, LEAL, 2007, p. 57)

⁹ “O fenômeno da ponderação no direito constitucional traz tantos problemas que eu não posso sequer fornecer uma lista deles aqui, quanto menos uma discussão.” (ALEXY, 2007, p. 296)

¹⁰ A este respeito, menciona Pérez Lunõ, ao abordar a “rebelião contra o formalismo jurídico”: “La crisis de la función de la ley como fuente exclusiva del derecho há potenciado una renovada dimensión pretoriana de la producción jurídica, hasta el punto de suscitar una abierta polémica sobre los denominados “jueces legisladores” (Cappelletti). Pero este proceso, junto a sus luces, en términos de una mejor adaptación de los sistemas jurídicos a las exigencias de unas sociedades em constante transformación, comporta las sombras de su coste en erosión de la seguridad jurídica (Pérez Luño).” (LUÑO, 2007-a, p. 24)

dos princípios será declarado inválido, mesmo que um deles tenha prioridade diante de determinadas condições. (ALEXY, 2011, p. 92 - 94) Isso se dá, pois os “conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios [...] ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.” O que ocorre, nestes casos, é a relação de precedência condicionada, ou seja, na consideração das circunstâncias do caso concreto de maneira a estabelecer as condições diante das quais determinado princípio prevalecerá sobre outro, nada impedindo que sob a diversidade de tais circunstâncias esta relação de precedência seja invertida. (ALEXY, 2011, p. 94-96)

A lógica da subsunção é a que percebe apenas uma norma para o caso, porém, esta lógica não funciona quando se trata da Constituição, em razão do princípio da unidade, segundo o qual todas as normas constitucionais estão no mesmo patamar hierárquico e exige, portanto, a sua interpretação em harmonia. (BARCELLOS, 2006, p. 55) A estrutura da ponderação pode ser dividida em três estágios:

O primeiro estágio envolve estabelecer o grau de não - satisfação de, ou interferência em, um primeiro princípio. Esse estágio é seguido por um segundo em que é estabelecida a importância de se satisfazer o princípio concorrente. Finalmente, no terceiro estágio, é estabelecido se a importância de se satisfazer o último princípio justifica a interferência ou não – satisfação do primeiro. (ALEXY, 2007, p. 297)

Como é da própria natureza do Direito, esta nova concepção não ficou alheia a críticas. O que, por sua vez, exige uma abordagem, mesmo que breve, em torno das objeções postas à ponderação.

Embora seja doutrinariamente majoritário o entendimento de que a ponderação é o instrumento adequado para a solução de possíveis colisões entre princípios, esta percepção enfrenta fortes oposições como, por exemplo, os questionamentos em torno da possível insegurança, decisionismo e confusão entre questões deontológicas e axiológicas, opostos por Jürgen Habermas, Klaus Günther e Friderich Müller. (SARMENTO, 2004, p. 86) O pensamento jurídico volta suas atenções à procura de parâmetros que proporcionem objetividade, em alguma medida, evitando, assim, que a ponderação venha a ratificar posturas arbitrárias. (BARROSO, 2006, p. 33) Para tanto, “é preciso demarcar *o que* pode ser ponderado e *como* deve sê-lo.” (grifo no original, BARROSO, 2006, p. 33)

E é no sentido de dirimir (embora não elimine) a possibilidade de incerteza e de decisionismos que ganha relevo a argumentação jurídica e a dilatação do controle social com relação à fundamentação dos casos difíceis. (SARMENTO, 2004, p. 86/87) Dito de outra maneira, a “nova interpretação constitucional¹¹” está estruturada sobre um sistema de princípios aplicados através da ponderação, no intuito da melhor justiça ao caso, sendo inerentes a esta perspectiva: a normatividade atribuída aos princípios, a ponderação de valores e a argumentação. (BARROSO; BARCELLOS, 2006, p. 376)

De maneira esquemática, é possível visualizar a seguinte sequência de acontecimentos: a colisão de princípios leva à ponderação que por sua vez, no propósito de evitar a ocorrência de decisionismos, se socorre da argumentação jurídica. Ou seja, “chega-se, por fim à *argumentação*, à razão prática, ao controle da racionalidade das decisões proferidas, mediante ponderações nos *casos difíceis* que são aqueles que comportam mais de uma solução possível e razoável.” (grifo no original, BARROSO, 2007, p. 215 - 216) É possível perceber, portanto, o destaque¹² que a argumentação jurídica merece, ao desempenhar um importante papel dentro do processo de irradiação do conteúdo constitucional por sobre a integralidade do ordenamento jurídico na medida em que racionaliza o procedimento de ponderação.

Mas há ainda outro ponto além de todos os já mencionados, que carece de espaço dentro da abordagem da concepção contemporânea de Constituição e de ordenamento jurídico como uno e indivisível: a dupla dimensão dos direitos fundamentais¹³.

¹¹Conforme a expressão utilizada pelos autores no texto original. (BARROSO; BARCELLOS, 2006, p. 376)

¹² No sentido de agregar maior profundidade à abordagem da argumentação jurídica, traga-se a explicação de Ingo Wolfgang Sarlet acerca da abertura dos princípios: “Outra discussão vinculada ao complexo temático da abertura material do catálogo de princípios e direitos constitucionais aponta para uma possível inflação ou hipertrofia (como preferem alguns) em matéria de direitos fundamentais, dando margem até mesmo a uma desvalorização da própria noção de direitos fundamentais. [...]”

Que nesta quadra já aparecem nitidamente alguns problemas relativos à argumentação jurídica a partir dos princípios e do conexo dever de motivação das decisões que os colacionam como razões de decidir, importa seja destacado desde logo, embora se cuide de ponto a ser retomado mais adiante.”(SARLET, 2008, p. 303)

¹³ Embora, no sentido de manter o foco da pesquisa, não se pretenda aqui adentrar na discussão sobre o conceito de direitos fundamentais, uma explicação que parece esclarecer qual o conteúdo encerrado pelos direitos fundamentais, merece ser aqui documentada: “Neste contexto, de acordo com o ensinamento do conceituado jurista hispânico Pérez Luño, o critério mais adequado para determinar a diferença entre ambas as categorias é o da concreção positiva, uma vez que o termo “direitos humanos” se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que **constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e**

Outrora vistos apenas sob um viés subjetivo, pois se relacionava à possibilidade de exigências do indivíduo frente ao Estado, contemporaneamente estes direitos revelaram um viés também objetivo, traduzindo-se em vetores para a ação Estatal. (SARMENTO, 2004, p. 134) Em virtude de sua multifuncionalidade¹⁴ “[...] também no Brasil os direitos fundamentais são compreendidos tendo sempre uma dupla dimensão negativa e positiva, portanto, como sendo tanto direitos de defesa quanto direitos a prestações.” (SARLET, 2010, p. 18) Portanto, os direitos fundamentais possuem uma dupla função: proteger seus titulares de possíveis violações e preservar algumas garantias mínimas.

A dupla dimensão, objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais é assim entendida: contemporaneamente, é reconhecida a dupla dimensão dos direitos fundamentais, ou seja, estes direitos são reconhecidos tanto como direitos subjetivos a serem tutelados juridicamente bem como configuram as estruturas fundamentais de todo o ordenamento jurídico sobre o qual se expandem. O reconhecimento da dimensão objetiva destes direitos enriquece a proteção destinada aos “ideiais humanitários”¹⁵, entendendo-se, assim, que, aos Poderes Públicos cabe não somente a não violação dos direitos fundamentais, mas também a sua salvaguarda. (SARMENTO, 2004, p. 135)

Essa dupla concepção passou a ser arguida a partir do julgamento do caso *Lüth*¹⁶ pelo Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*) de modo que, partindo desta compreensão, as normas constitucionais passaram a ser entendidas não somente como diretivas, mas também como referenciais valorativas. Esta concepção, inclusive, inovou os horizontes do controle de constitucionalidade. (LEAL, 2007, p. 63) Importa, inclusive, que se efetue uma breve intervenção acerca

garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.” (sem grifo no original, SARLET, 2003, p. 34-35)

¹⁴ Conforme expressão utilizada pelo autor em seu texto original. (SARLET, 2010, p. 18)

¹⁵ Conforme expressão utilizada pelo autor em seu texto original. (SARMENTO, 2004, p. 135)

¹⁶ A título explicativo: “A elaboração embrionária desta concepção aparece, pela primeira vez, no chamado *Lüth – Urteil*, decisão histórica daquela Corte, datada de janeiro de 1958, em que a controvérsia envolvia a possibilidade ou não de boicote – enquanto livre manifestação da liberdade de expressão – de um filme considerado anti-semita, produzido por um cineasta que havia colaborado com o regime hitlerista. O presidente do Clube de Imprensa da cidade de Hamburgo, Erich Lüth, que tentou excluir o filme da grade de programação dos cinemas locais e incitou o referido boicote, foi processado pelos produtores da película em perdas e danos. A controvérsia, como não poderia deixar de ser, colocou em pauta, então, a partir deste confronto, a questão de **até que ponto as leis civis devem levar em consideração os direitos fundamentais.**” (sem grifo no original, LEAL, 2007, p. 64)

do caso Lüth, tamanha a relevância¹⁷ que este caso apresenta no contexto da temática aqui explorada.

No início dos anos de 1950, Erich Lüth, então crítico de cinema e diretor do Clube da Imprensa da Cidade Livre e Hanseática de Hamburgo, convocou aos distribuidores de filmes e ao público em si a boicotar o filme lançado por Veit Harlan. A justificativa da conclamação a este boicote foi a de que Veit Harlan era famoso por estrelar filmes de conteúdos nazistas, vindo, também, a incentivar este tipo de violência¹⁸. Em virtude do chamamento ao boicote, realizado por Lüth, Harlan e os produtores e distribuidores de seu filme ingressaram com uma ação cominatória visando a que o boicote deixasse de ser realizado. (MARTINS [org.], 2005, p. 381)

O Tribunal Estadual de Hamburgo reconheceu a procedência da ação, decisão contra a qual Lüth apresentou recurso (ao Tribunal Superior de Hamburgo), apresentando, também, uma Reclamação Constitucional por entender que o seu direito à liberdade de expressão de pensamento havia sido violada. A Reclamação foi julgada procedente, e a sentença do Tribunal Estadual de Hamburgo, revogada. A importância desta decisão reside na serventia de base para a dogmática dos direitos fundamentais, inovando no sentido de os apresentar tanto em sua dimensão subjetiva (face ao Estado), quanto em sua dimensão objetiva (ordenamento axiológico). (MARTINS [org.], 2005, p. 381) Ainda nesta decisão:

[...] foram lançadas as bases dogmáticas das figuras da *Drittwirkung* *Ausstrahlungswirkung* (eficácia horizontal) dos direitos fundamentais, do efeito limitador dos direitos fundamentais em face de seus limites (*Wechselwirkung*), da exigência de ponderação no caso concreto e da questão processual do alcance da competência do TCF no julgamento de uma Reclamação Constitucional contra uma decisão judicial civil. (MARTINS [org.], 2005, p. 381-382)

Apenas no sentido de melhor elucidar a respeito da “eficácia horizontal” dos direitos fundamentais, destaque-se que, em consonância com a doutrina liberal clássica, os Direitos Fundamentais apenas estariam aptos a regular as relações onde o Estado figurasse como parte. Porém, considerando que nem toda a forma de violência ou opressão advém do Estado, podendo ser oriunda também de atores

¹⁷ “Trata-se, talvez, da decisão mais conhecida e citada da jurisprudência do TCF. Nela, foram lançadas as bases, não somente da dogmática do direito fundamental da liberdade de expressão e seus limites, como também de uma dogmática geral (Parte Geral) dos direitos fundamentais. Nela, por exemplo, os direitos fundamentais foram, pela primeira vez, claramente apresentados, ao mesmo tempo, como direitos públicos subjetivos de resistência, direcionados contra o Estado, e como ordem ou ordenamento axiológico objetivo.” (MARTINS [org.], 2005, p. 381)

¹⁸ Note-se que, na década de 1950, a Segunda Guerra Mundial havia recentemente chegado ao fim, o que é importante ressaltar para que se entenda o contexto no qual este caso foi levado a julgamento.

privados, torna-se indispensável que os direitos fundamentais incidam também na esfera puramente privada. Destaque-se, apesar disso, que não parece cabível que o particular seja submetido a regime jurídico semelhante ao dos Poderes Públicos, haja vista que o particular é titular dos direitos fundamentais. (SARMENTO, 2006, p. 193-194) Em virtude disto, “[...] se criou toda a celeuma em torno da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, da projeção destes direitos para relações entre particulares, situados numa relação de hipotética iguade jurídica.” (SARMENTO, 2006, p.194)

Nítidas, portanto, as razões pelas quais o caso Lüth é considerado tão relevante no que tange à pesquisa do constitucionalismo pós-guerra. No que tange à dimensão objetiva dos deveres fundamentais, acima mencionada, há ainda mais uma observação a ser realizada. Diz respeito à teoria dos deveres de proteção do Estado.

Um segmento mais recente de doutrinadores alemães (entre eles Claus-Wilhelm Canaris), entende que, no que concerne aos Direitos Fundamentais e sua incidência na esfera privada, a teoria dos deveres de proteção do Estado seria a que melhor faria tal adequação. O Estado teria tanto o dever de não ofender os Direitos Fundamentais quanto de preservá-los, inclusive, frente a ação dos particulares. A ideia consiste primeiramente, em que a harmonização entre os Direitos Fundamentais e a autonomia privada caberia ao legislador, e, somente haveria a intervenção do judiciário (controle de constitucionalidade) nos casos em que o legislador não houvesse tutelado adequadamente o direito fundamental em questão ou, da mesma forma, não houvesse tutelado adequadamente a autonomia privada. (SARMENTO, 2006, p. 236-239)

Porém, ressalte-se que as teorias em torno das formas de incidência dos Direitos Fundamentais nas relações privadas (dentre elas, a do dever de proteção do Estado) serão abordadas posteriormente, bastante esta breve explicação apenas como fechamento do raciocínio acima realizado.

Aqui, tendo impelido a seara dos “deveres”, abre-se caminho para a abordagem de um tema caro ao Direito e pouco explorado: a perspectiva dos deveres fundamentais. A partir da compreensão de que para que alguém tenha direito a receber algo, necessariamente alguém precisa ter o dever de prestar este algo, nada mais óbvio do que surgir à mente a referida perspectiva. Importa seja esclarecido, desde logo, que se tem a consciência em torno das divergências

existentes sobre a temática dos deveres fundamentais: correspondem a outra face dos direitos fundamentais ou não? Precisam estar explicitamente referidos no texto constitucional ou não? Enfim, estas e tantas outras questões orbitam sobre a esfera dos deveres, de forma que se buscará, aqui, construir um entendimento próprio em torno do tema.

O tema dos deveres fundamentais é um tópico esquecido. Não somente olvidado pela jurisprudência, mas pela doutrina e pelo legislador. Ou seria o caso de um “esquecimento proposital” (teriam lembrado-se de esquecer?)? A questão levantada por Dimoulis e Martins (2011, p. 68) condiz com tal realidade: “quem compara a bibliografia sobre direitos fundamentais com aquela dedicada aos deveres fundamentais percebe um fortíssimo desequilíbrio. Porque a doutrina não se interessa pelos deveres fundamentais?” Afinal, porque?

Para além do fato de que muitos países não destinaram, em suas constituições, um espaço para os deveres fundamentais, nem sequer de forma razoavelmente parecida com o espaço reservado aos direitos fundamentais, é na doutrina que este esquecimento se mostra de maneira mais contundente. (NABAIS, 2007, 206-207) A doutrina constitucional contemporânea, notadamente, abstraiu o tema dos deveres fundamentais de sua pauta de interesses. Tal abstração relaciona-se com a carência de desenvolvimento dogmático das assim chamadas “situações jurídicas passivas¹⁹” ou seja, das situações relacionadas às obrigações particulares. A própria concepção de Estado de Direito esclarece o fato a partir do momento em que o direito tem o papel de limitar o exercício dos poderes assegurando aos cidadãos sua margem de liberdade. De outro lado, considerando especificamente o âmbito do direito constitucional, percebe-se que em razão de uma parte significativa das constituições europeias terem sido adotadas imediatamente após a ruína de regimes totalitaristas atribuiu-se esta maior significação ao chamado *satus passivus*²⁰ dos cidadãos. (NABAIS, 2007, p. 197-199) No caso alemão, por exemplo, “[...] sob a teoria e a euforia dos direitos fundamentais, que se instalaram no segundo pós-guerra, os deveres fundamentais tornaram-se estranhos à própria consciência constitucional dos alemães”. (NABAIS, 2007, p. 205)

Não é difícil imaginar o melindre que se havia instaurado após os horrendos acontecimentos (historicamente conhecidos) na Alemanha nazista, ao se falar sobre

¹⁹ Conforme expressão utilizada originalmente pelo autor. (NABAIS, 2007, p. 198)

²⁰ Conforme expressão utilizada originalmente pelo autor. (NABAIS, 2007, p. 199)

“deveres”. A própria palavra, é de se imaginar, traria em si uma carga de significância pesada e indigesta, trazendo à mente tudo o que foi feito em nome do “dever de obediência à lei”, por exemplo. Sabe-se que inúmeras atrocidades foram cometidas e “justificadas” com base em posturas como: “obediência hierárquica” (cumprimento de dever funcional), “atuação dentro dos limites legais”, “em prol do bem comum”, e outros tantos clichês vazios de significado, utilizados unicamente para defender as barbáries cometidas contra a própria humanidade. Neste sentido, qualquer possibilidade de que tais situações pudessem encontrar respaldo legal, e, assim, vir a se repetir se configuraria em motivo de assombro e de desprezo.

No intuito de identificar claramente os deveres fundamentais é necessário que se, atente, primeiramente, a duas questões: a primeira diz respeito à inclusão e esgotamento dos deveres fundamentais na concepção de direitos fundamentais, e a segunda diz respeito à concepção de que os deveres se traduziriam na manifestação da soberania estatal. Os deveres fundamentais, podem ser visualizados como uma categoria jurídica própria ladeada pelos direitos fundamentais. Categoria esta que movimenta os cidadãos em direção à realização dos objetivos/bens comuns. (NABAIS, 2007, p. 211/251)

Nestes termos, podemos definir os deveres fundamentais como deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, têm especial significado para a comunidade e podem por esta ser exigidos. Uma noção que, decomposta com base num certo paralelismo com o conceito de direitos fundamentais, nos apresenta os deveres fundamentais como posições jurídicas passivas, autónomas, subjectivas, individuais, universais e permanentes e essenciais. (NABAIS, 2007, p. 252)

Especificamente quanto ao cenário brasileiro e da análise de sua Constituição percebe-se a existência tanto de deveres atribuídos ao Estado quanto aos cidadãos e, ainda, de deveres destinados a instituições como a “coletividade”. Entre os deveres contidos na Constituição existem deveres autônomos, e que, portanto, desenvolvem sua própria dogmática. Os deveres fundamentais podem ser vistos como deveres que demandam ações ou omissões, trazendo em suas disposições a indicação de seus sujeitos passivos e ativos ou permitindo esta identificação mediante interpretação. (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p.74-75)

Konrad Hesse (1991, p. 21), ao tratar da força normativa da constituição menciona que “se pretende preservar a força normativa dos seus princípios

fundamentais, deve ela incorporar, mediante meticulosa ponderação, parte da estrutura contrária”. Assim explica o autor:

Direitos fundamentais não podem existir sem deveres, a divisão de poderes há de pressupor a possibilidade de concentração de poder [...]. Se a Constituição tentasse concretizar um desses princípios de forma absolutamente pura ter-se-ia de constatar inevitavelmente – no mais tardar em tempo de acentuada crise – que ela ultrapassou os limites de sua força normativa. A realidade haveria de pôr termo à sua normatividade; os princípios que ela buscava concretizar estariam irremediavelmente derogados. (HESSE, 1991, p. 21)

Compreende-se, portanto, que a própria força normativa da Constituição vincula-se a um necessário equilíbrio entre aquilo que ela determina seja realizado (deveres) e aquilo que ela faculta seja reivindicado (direitos).

Enfim, tratando-se de uma categoria a parte ou de uma face dos direitos fundamentais, fato é que os deveres fundamentais existem no universo jurídico-constitucional. E, embora tenham sido relegados a um papel secundário ou mesmo ao esquecimento, são os deveres que impõem ao Estado, aos particulares, enfim, à toda a coletividade a adoção de determinadas posturas ativas ou omissivas, ou seja, seria possível exigir algo que não fosse, de certa forma, devido? Parece perfeitamente possível afirmar que os direitos perderiam o seu sentido se não houvessem deveres lhe permitindo a exigibilidade.

Percebe-se, assim, que a Constituição Federal brasileira não é feita somente de promessas²¹. Há, embora muitos prefiram calar a respeito, a necessidade de concretização de tais promessas, o que, invariavelmente, deverá recair sobre os ombros de um, de muitos ou de todos. Este viés, confortavelmente posposto também faz parte da concepção contemporânea de Constituição Federal, e, como tal, faz jus ao seu inegável espaço, no desenrolar da pesquisa aqui documentada,

Mais do que um sonho futuro: uma realidade presente. Chega de “amanhãs”. A Constituição Federal brasileira exige o hoje, o agora, e com pressa. Sobretudo exige mais do que “eu”: exige o “nós”. O projeto constitucional brasileiro almeja a

²¹ Ainda, uma última contribuição sobre o tema: “Neste novo paradigma, por outro lado, a visão sobre o papel do Estado mesmo em relação aos direitos individuais se modifica. Se até então prevalecia a idéia de que, para não desrespeitar estes direitos, bastava que os poderes públicos se abstivessem de atentar contra eles, doravante será reconhecido que o Estado tem também deveres positivos nesta esfera. Além de não violar, ele deve ainda proteger os direitos individuais dos seus cidadãos das lesões e ameaças provenientes das mais diversas fontes: conduta de outros particulares, riscos naturais, riscos decorrentes de novas tecnologias, etc. [...]

Na verdade, os direitos fundamentais – corações das constituições contemporâneas – deixarão de ser compreendidos exclusivamente como direitos subjetivos. Será acrescida a eles uma “mais valia”, conhecida como “dimensão objetiva”. (SARMENTO, 2007, p. 119)

união de todos em prol da redução da pobreza e das desigualdades e pela construção de uma sociedade livre. Mas não somente livre, senão também justa. Ainda não somente livre e justa, mas solidária. Não esquecendo que todos estão incluídos neste projeto. Não esquecendo também, que a partir do momento em que a Constituição impõe suas normas à totalidade do ordenamento jurídico, esta revela sua outra nova face, qual seja, a da exigibilidade. Não esquecendo, também, que o mundo jurídico não comporta apenas os direitos, para além destes, existem os deveres. Muito embora, para muitos, seja preferível esquecer.

2.2 A Constituição Federal como Centro Irradiador do Ordenamento Jurídico: a constitucionalização do Direito Privado

Visto que Constituição Federal ao mesmo tempo em que sedimenta em seu texto os aspectos mais caros e fundamentais da nação não permite a qualquer área do direito o seu alheamento com relação a este conteúdo, cuida-se, para o momento, de verificar mais intimamente a relação que, contemporaneamente, se desenvolve entre a Constituição Federal e o Direito Privado.

O direito civil originário da sociedade moderna limitava-se à manutenção da liberdade individual²² que nutria o capitalismo, então, recém-nascido. Vislumbrado sob a ótica da separação entre direito público e privado, “[...] o direito civil traduz-se como o santuário do poder privado, espaço em que não caberia nem se legitimaria qualquer intervenção do Estado.” (CORDEIRO, 2009, p. 216)

No período do Estado liberal constitui-se o chamado “Código de Napoleão”, verdadeiro marco das liberdades individuais, que serviu como modelo para os códigos posteriores, os conhecidos códigos “oitocentistas” - editados no século de 1800. O Código Civil Brasileiro de 1916, elaborado, em verdade, no final do século XIX seguiu o modelo liberal de codificação, que, ansiava primordialmente pela implementação do ideal de liberdade, originário, por sua vez, da Revolução Francesa. Esta liberdade, cabe salientar, era uma liberdade formal, fundamentalmente ligada ao anseio de não intervenção do Estado na iniciativa privada. (REIS, 2003, p. 774-775)

²² “O tom geral do *Code* de 1804 é nitidamente conservador, como demonstra o respeito aos direitos de família e de propriedade como base da ordem social.” (CAENEGEM, 1999, p. 10)

Sem que se pretenda desviar do tema, apenas no sentido de melhor esclarecer a respeito do Código de Napoleão, mencione-se que, o golpe de Estado de 18 Brumário foi o marco inicial do regime de Napoleão, bem como o marco final de um agitado período na França. Com o intuito de superar as profundas mudanças ocorridas, Napoleão entendeu necessária a instituição de uma legislação efetiva, vindo a promulgar, assim, sua codificação. “Os códigos são ‘napoleônicos’ porque foi graças à vontade e determinação política de Napoleão que o *Codecivil* de 1804, em particular, foi compilado em tempo recorde.” (CAENEGEM, 1999, p. 5-6)

Porém a codificação liberal, regida pela ideia de igualdade formal revelou a tirania da exploração dos que eram economicamente mais fracos por parte dos que eram economicamente mais fortes. Ganhava força a preeminência dos economicamente favorecidos, privilegiados, inclusive, pelo Estado mínimo, ou seja, pela ausência de intervenção estatal na economia e nas relações privadas. No entanto, houveram conflitos e reações frente ao Estado mínimo o que gerou o colapso deste modelo não interventor de Estado (Estado Liberal), além de transformações oriundas da revolução industrial e da revolução tecnológica, fatores que modificaram profundamente o direito privado. (REIS, 2003, p. 775-776)

O seu viés individualista e liberal, nitidamente expresso nas codificações oitocentistas, a partir do século XX foi lentamente sendo atenuado. Esta transformação ganhou ênfase a partir do momento pós primeira guerra europeu. No Brasil, o atual Código Civil Brasileiro, foi promulgado no ano de 2002, posterior, portanto, à Constituição Federal vigente, promulgada em 1988. Apesar das críticas sofridas e de ser estruturalmente semelhante ao Código Civil de 1916, o “novo” Código afasta-se de concepções individualistas, demonstrando maior afinidade ao texto constitucional. (REIS, 2003, p. 776-781) Enfim, o ocidente foi formalmente apresentado à “pós-modernidade”, e o direito civil, originariamente concebido para defender o patrimônio de quaisquer influências externas, passou a readequar-se.

Assim, se “o mundo da segurança²³” da época das codificações liberais refletia o primado do direito privado sobre o público, no constitucionalismo social (advindo do ideário inaugurado pelo *Welfare State*) esta lógica se modifica. Neste contexto, as constituições do pós-guerra dos países ocidentais passam a privilegiar a igualdade substancial, mesmo que, por esta razão, haja alguma contenção no

²³Conforme expressão utilizada originalmente pelo autor. (FACCHINI NETO, 2010, p.45)

âmbito da liberdade econômica. Especificamente no campo do direito privado, este novo momento incorpora a limitação da vontade dos particulares, limitação esta que se dá a partir da realização dos princípios da solidariedade social e da dignidade humana, abdicando, assim, da ética individualista e adotando a ética solidarista, em detrimento da autonomia da vontade e em favor da tutela da dignidade da pessoa humana. (FACCHINI NETO, 2010, p. 45-46) Baseada na dignidade humana e na solidariedade social, o constitucionalismo atual expandiu a principiologia tanto da esfera pública quanto da privada autorizando o emprego da igualdade material na busca pela Justiça universal. O direito privado, assim, deve, também, voltar-se para um escopo social, atendendo ao bem-estar coletivo. (CARDOSO, 2013, p. 231)

Ainda no que tange ao direito privado, outra profunda mudança se impôs. Enquanto que no período anterior, os Códigos figuravam como protagonistas da normativa privada, neste novo momento os códigos perdem espaço frente à legislação extravagante. (FACCHINI NETO, 2010, p. 46) Esta nova legislação vem no sentido de promover os programas inseridos nas constituições: “trata-se do deslocamento do monossistema simbolizado pelos códigos totalizantes, em direção ao polissistema legislativo adotando-se microssistemas que gravitam ao lado do Código Civil. É o advento da chamada *era dos estatutos*.” (grifo do autor, FACCHINI NETO, 2010, p. 46)

Embora no Brasil não se tenha propriamente atingido o *WelfareState* houve também neste cenário uma maior intervenção estatal, inclusive com a edição das legislações esparsas ou microssistemas jurídicos, ou seja, iniciando o fenômeno da publicização do direito privado. (REIS, 2003, p. 778) A partir do processo intervencionista nas áreas onde anteriormente os particulares transitavam livremente, passou a ocorrer a publicização do direito privado. Algumas destas regulações, em virtude de sua relevância, foram alçadas ao texto constitucional, inaugurando, assim, a constitucionalização do direito privado. (FACCHINI NETO, 2010, p. 51)

A constitucionalização do direito civil operou a locomoção dos valores constitucionais para o espaço privado, inclusive e especialmente, do princípio da dignidade da pessoa humana, repersonalizando²⁴, assim, a esfera civilista, ou, visto

²⁴ Neste mesmo sentido: “Influenciado pela filosofia de Kant e de Hegel, Larenz concretiza o personalismo, desenvolvendo-o através dos princípios jurídico-civis de que a todos os seres humanos deve ser reconhecida personalidade jurídica; de que a todos os seres humanos deve ser reconhecida

de maneira inversa, despatrimonializando o direito civil. “Ou seja, recoloca-se no centro do direito civil o ser humano e suas emanções.” (FACCHINI NETO, 2010, p. 53)

Nesse momento, ocorre a confluência dos dois temas até aqui abordados: encontram-se a concepção contemporânea de constituição e a constitucionalização do direito privado. Direcionando-se uma à outra, sendo que em uma via está a Constituição, ganhando legitimidade e aplicabilidade prática e incorporando em seu texto aspectos antes exclusivamente tratados pela normativa infraconstitucional privada e na outra está a nova concepção do direito privado, despindo-se do individualismo e do patrimonialismo²⁵ a este ramo fortemente arraigados e aproximando-se dos anseios expressos na Constituição Federal: é chegada a vez da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana (e já não era sem tempo).

Dessa intersecção entre Constituição Federal (direito público) e direito privado percebe-se uma atenuação das outrora rígidas fronteiras que separavam estas duas esferas do direito.

Neste contexto, as fronteiras entre as categorias público/privado estão cada vez mais nebulosas. Se, por um lado, o Direito Público se privatiza, como acima destacado, este processo não anula a publicização do Direito Privado, operada durante o Estado Social. Ao contrário, vivencia-se hoje no país algo que ultrapassa a mera continuidade na edição de normas de ordem pública editadas para a disciplina das relações entre particulares. (SARMENTO, 2010, p. 47)

A esta reviravolta no direito privado, oriunda da sua constitucionalização convencionou-se chamar de “revolução copernicana” do direito privado. (SARMENTO, 2010, p. 47) A constitucionalização do direito inaugurou, também, a chamada “filtragem constitucional do direito” infligindo ao direito a necessidade de uma releitura conceitual calcada nas disposições constitucionais. A filtragem constitucional trouxe uma nova leitura do texto civil, construída no sentido de

capacidade jurídica; de que a todos os seres humanos deve ser reconhecido um círculo de direitos de personalidade; de que o direito privado há-de proteger a igual liberdade e a igual responsabilidade; de que o direito privado há-de promover uma especial solidariedade para com as pessoas que precisam de protecção, por causa da sua fragilidade.” (OLIVEIRA, 2013, p. 487)

²⁵ Parece caminhar neste mesmo sentido o enunciado nº. 414 da Jornada de Direito Civil que dispõe: “Art. 187: A cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e protecção da confiança, e aplica-se a todos os ramos do direito.” (Conselho da Justiça Federal, 2012). O artigo de lei mencionado dispõe que: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” (BRASIL, 2002) Ou seja, da leitura conjunta do enunciado e do artigo de lei, é possível compreender que o exercício de direitos, dentro dos limites da licitude, deve ser pautado pelos princípios constitucionais da solidariedade, devido processo legal e protecção da confiança.

despatrimonializar e repersonalizar este ramo do Direito, atribuindo, assim, uma mais-valia ao aspecto existencial em detrimento do patrimonial. (SARMENTO, 2007, p. 134-135) Não é demais destacar a mudança de paradigma axiológico do Direito Privado

A promulgação do “novo” Código Civil no ano de 2002 avivou as ponderações em torno dos paradigmas que devem orientar axiologicamente o intérprete quando da análise dos institutos inseridos no âmbito do Direito Privado. Ou seja, é necessário que se observe a mudança ocorrida na posição dos princípios fundamentais do Direito Civil, que deixam de figurar no Código Civil e passam a se fixar na Constituição Federal. Esta mudança, “revela uma profunda transformação dogmática, em que a autonomia privada passa a ser remodelada por valores não patrimoniais, de cunho existencial, inseridos na própria noção de ordem pública.” (TEPEDINO, 2009, p.35)

Destaque-se, ainda, que o direito privado “[...] é apenas direito ordinário’, e, está, enquanto tal, na estrutura hierárquica da ordem jurídica, num plano *sob* a Constituição.” Desta forma, de acordo com a lógica normativa e com a concepção de primazia da lei superior concebe-se a conexão entre os Direitos Fundamentais e a legislação privatista. (grifo no original, CANARIS, 2012, p. 27-28) Cabe aqui uma breve pausa para uma rápida, porém relevante exemplificação acerca da relevância dos efeitos desta vinculação.

“Tarefa fundamental das teorias jurídicas consiste em facilitar a solução de problemas práticos”, convenientemente destaca Canaris (2012, p. 75) Considere-se a validade, sobre a normativa privada, da incidência imediata²⁶ dos direitos fundamentais e da proibição do excesso. Neste sentido, uma obrigação de indenização pode, no caso de causar o colapso econômico do condenado, por exemplo, vir a ser considerada inconstitucional. (CANARIS, 2012, p. 75-76) Por certo que este exemplo melhor seria explorado se viesse acompanhado de todos os pormenores do caso, porém, não se trata, para o momento, de uma análise jurisprudencial ou algo semelhante, mas apenas de uma rápida ilustração do imenso arcabouço prático que está contido no tema sob análise.

Ainda, importante destacar, para a pesquisa aqui documentada, esta essencial mudança de viés do direito privado: a despatrimonialização e a

²⁶ As teorias sobre as formas de incidência dos direitos fundamentais na normativa privada serão abordadas na sequência, bastando, para o momento, o exemplo trazido ao texto.

repersonalização. A figura da pessoa humana, inseparável de sua substancial dignidade, passa a ser também o eixo sobre o qual gravita o direito privado.

Não é demais lembrar que o Código Napoleônico, que serviu como base para as codificações liberais, conforme já abordado, continha em seu espírito o direito à propriedade privada como um direito absoluto, direito este a ser administrado pelo chefe de família. O pilar inicial do Código Napoleônico era a propriedade. (CAENEGEM, 1999, p. 11)

Alçada à posição de valor basilar do ordenamento, a dignidade da pessoa humana transforma a dogmática do direito civil funcionalizando as relações jurídicas anteriormente patrimoniais à situações jurídicas existenciais focando o amplo desenvolvimento da pessoa humana. (TEPEDINO, 2009, p. 35) Rapidamente, traga-se uma observação bastante relevante ao texto, por trabalhar “dignidade”, por tantas vezes mencionada, mas que, talvez, seja pouco compreendida.

De acordo com o ideário kantiano, as coisas ou objetos, como instrumentos que são, são passíveis de atribuição de um determinado valor condicionado e comparável ou seja, são passíveis de atribuição de um preço. Já os sujeitos, ou seja, as pessoas, como fins em si que são, possuem um valor absoluto, superior a qualquer mensuração, chamado de dignidade. (OLIVEIRA, 2013, p. 461) Veja-se, portanto, que por mais que se possa eventualmente mencionar a dignidade como um valor, isto não se equipara, de forma alguma, a um “preço”.

A superação da doutrina liberal clássica e do individualismo característico do constitucionalismo do período liberal proporcionou a superação da concepção de acordo com a qual os direitos fundamentais estariam dirigidos apenas às relações nas quais o Estado figurasse como parte. Atualmente, havendo a consciência de que as violações contra a pessoa podem ser originárias tanto do Estado quanto de atores privados, nada mais coerente do que compreender pela aplicabilidade dos direitos fundamentais inclusive sobre as relações travadas entre particulares. (SARMENTO, 2006, 194)

Na Alemanha, porém, houve uma corrente que defendeu a não vinculação dos direitos fundamentais aos particulares pois, entendiam os partidários desta concepção, esta vinculação iria suprimir a autonomia privada e o direito privado restaria, assim, absorvido pelo direito constitucional. Além disto, seria relegado aos juízes um excesso de poder o que, por sua vez, seria um prejuízo ao legislador ordinário. A partir da década de 50 esta concepção praticamente deixou de existir

em virtude de repetidas decisões que reconheciam esta vinculação, por parte do Tribunal Constitucional Federal alemão. (REIS, 2005, p. 1501)

Ao menos quatro objeções principais podem ser mencionadas, no que tange ao entendimento oposto à aplicação das normas constitucionais no campo do direito privado. A primeira estabelece que os princípios constitucionais²⁷ se destinam à organização política e social, de maneira que ao utilizá-los para o caso das relações entre indivíduos estaria sendo suprimida a atividade do legislador, a quem cabe a disciplina do direito privado. A segunda objeção é a de que em virtude da “abertura” dos princípios constitucionais, poderia haver uma excessiva subjetividade por parte dos juízes²⁸. Em terceiro lugar, objeta-se no sentido de que as normas constitucionais estão submissas a contingências políticas, em contraponto à estabilidade da dogmática do direito privado. Por fim, de acordo com a quarta objeção oposta, o controle de mérito da tutela advindo da aplicação dos direitos fundamentais seria uma intervenção indevida na esfera da liberdade privada. (TEPEDINO, 2009, p. 40)

A questão que aqui se coloca não é quanto à incidência ou não dos direitos fundamentais nas relações privadas. Quanto a isto o posicionamento adotado é o de que esta vinculação existe. Esta concepção é adotada, para além de todo o já exposto, em virtude de:

Se são verdadeiras, como parecem, tais observações, pode-se aduzir que a aplicação direta dos princípios constitucionais constitui resposta hermenêutica a duas características essenciais da própria noção de ordenamento: unidade e complexidade. (TEPEDINO, 2009, p. 37)

Se aqui, defende-se a unidade do ordenamento jurídico, o todo formado pelas partes (legislação infraconstitucional) e inundado pelas normas constitucionais além da normatividade constitucional a partir de sua irradiação diante do ordenamento jurídico, como agora, poderia-se defender a não incidência dos direitos fundamentais (e dos princípios constitucionais) sobre as relações privadas? Seria, certamente, um caso grave e irremediável de profunda contradição.

²⁷Destaque-se que no referido texto, Gustavo Tepedino elege a categoria dos princípios ao realizar a abordagem acima transcrita. (TEPEDINO, 2009, p. 40)

²⁸Quanto à recorrente alegação de insegurança jurídica, traga-se a seguinte explicação de Daniel Sarmento: “Ademais, ainda que se possa falar em alguma perda de segurança decorrente da aplicação direta dos direitos fundamentais sobre relações privadas, cumpre não esquecer que a segurança não é único valor almejado pelo Direito, e talvez nem mesmo seja o mais importante. Ao lado ou até acima dela está a Justiça. E não há dúvidas sobre o ganho, em termos de justiça substancial, que se pode obter através da aplicação direta às relações privadas dos direitos fundamentais [...]” (SARMENTO 2006, p. 245)

O que é preciso, isto sim, melhor verificar, é a forma pela qual ocorre esta incidência. Esta é a abordagem que se realiza na sequência, e que pretende fazer o fechamento da abordagem sobre a constitucionalização do direito privado.

2.3 Formas de Incidência das Normas Constitucionais nas Relações Privadas

A unidade do ordenamento jurídico²⁹ e a nova concepção de direito, constitucionalizado em sua totalidade impõem a compreensão de que os direitos fundamentais vinculam a todos. Todos! Estado, particulares, entidades, seja qual for a sua personalidade, ou ausência de. Não seria sequer concebível um posicionamento diferente já que até mesmo a clássica separação entre direito público e direito privado foi revelada inconsistente, vaga, imprecisa.

Pode-se mencionar como um dos pressupostos da concepção da eficácia dos direitos fundamentais entre os privados (ainda que existam outros) o advento do Estado Social de Direito. Este modelo de Estado e seu viés intervencionista se opôs às concepções liberais que barravam a incidência ora em comento, rompeu, ainda, com a rígida separação entre o Estado e a sociedade civil e superou a ideia de igualdade formal e de imparcialidade estatal face à dinâmica social. Além disto, também se pode mencionar como pressupostos para a aceitação da ideia da eficácia entre privados a compreensão de que não somente o Estado trabalha com relações de poder, mas também a sociedade civil. Ainda, há o entendimento de acordo com o qual, em sendo a Constituição um regulamento axiológico que visa coordenar todas as esferas sociais, as relações privadas também devem estar subjacentes a esta axiologia. (PEREIRA, 2006, 144)

Parece mais coerente defender o posicionamento de acordo com o qual os direitos fundamentais vinculam aos particulares (inclusive), pois faltariam, até mesmo, argumentos para defender o contrário, diante de tudo o que foi aqui levantado até o momento. Mas resta ainda, um ponto obscuro e que merece ser devidamente esclarecido: a forma como os direitos fundamentais vinculam os particulares. Neste sentido, sem que se pretenda negar a existência de outras formas mais pelas quais poderia ocorrer tal incidência, aqui serão abordadas as

²⁹ “Ou bem o ordenamento é uno ou não é ordenamento jurídico.” (TEPEDINO, 2009, p. 38)

seguintes teorias: teoria da eficácia direta ou imediata, teoria da eficácia indireta ou mediata e teoria dos deveres de proteção.

A primeira observação a ser feita é a de que, nos casos em análise, as partes envolvidas são igualmente titulares dos direitos fundamentais, o que conduz a uma complexa configuração de direitos e deveres que reciprocamente se limitam/condicionam. A questão central é: como solucionar esta equação? (PEREIRA, 2006, p. 143)

A teoria da eficácia indireta ou mediata defende ser uma atribuição do legislador mediar a incidência dos direitos fundamentais na esfera dos particulares, ou seja, o legislador teria a incumbência de proteger os direitos fundamentais na esfera privada sem que, para tanto, fosse negada a devida tutela da autonomia da vontade. (REIS, 2005, p. 1503). De acordo com os defensores desta teoria, “ao legislador caberia estabelecer uma ponderação entre os interesses constitucionais dos direitos fundamentais e da autonomia da vontade, fixando, na lei, o grau de cedência de cada um desses interesses”. (REIS, 2005, p. 1503-1504) Ainda de acordo com a teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais incidiriam nas relações privadas de duas formas: a partir da intervenção do legislador ou no momento da interpretação do direito privado pelo juiz, quando este toma por base os valores irradiados pelos direitos fundamentais. (PEREIRA, 2006, p. 161)

A teoria da eficácia direta, por sua vez:

[...] postula a incidência *erga omnes* dos direitos fundamentais, que assumem a condição de direitos subjetivos em face de pessoas privadas que assumam posições de poder. Nas situações que envolvem iguais [...], estes também incidem diretamente, sendo empregados como parâmetros de aferição da validade de negócios privados. (PEREIRA, 2006, p. 160)

Esta teoria, foi inicialmente defendida na Alemanha por Hans Carl Nipperdey, de acordo com o qual, no caso da Constituição alemã, apesar de existirem direitos fundamentais que apenas vinculavam ao Estado, outros direitos fundamentais, no entanto, poderiam ser diretamente vinculados às relações privadas, sem a necessidade de uma intermediação e sendo oponíveis contra todos (*erga omnes*). (SARMENTO, 2006, p.220)

Finalmente, retorne-se à já rapidamente mencionada teoria dos deveres de proteção do Estado que “[...] surgiu na jurisprudência germânica como um desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais”. (PEREIRA, 2006,

p. 162) De acordo com esta teoria cabe ao Estado tanto o dever de não ferir os direitos fundamentais, mas também o dever de ação no sentido da proteção e promoção de tais direitos, inclusive no que tange a ameaças vindas de outros indivíduos. A concepção da teoria dos deveres de proteção se vincula à incumbência do legislador de salvaguardar os direitos fundamentais, bem como à incumbência dos juízes no que tange à efetivação dos direitos fundamentais quando da atividade hermenêutica. (PEREIRA, 2006, p. 162 - 163) Na medida em que depende da atuação do legislador e de sua boa ou má vontade, portanto, a teoria dos deveres de proteção se assemelha com a teoria da incidência indireta. (REIS, 2005, p. 1510)

Cabe ainda uma explicação. De acordo com o anteriormente mencionado, o fenômeno da chamada “filtragem constitucional” impõe uma releitura da totalidade da ordem jurídica a partir “das lentes³⁰” da Constituição Federal, ou seja, impõe aos demais ramos do direito, uma reinterpretção a partir dos ditames constitucionais. (BARROSO, 2007, p. 227) Desta forma, “à luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior.” (BARROSO, 2007, p. 227) Nesta medida, a Constituição será diretamente aplicada quando sob análise estiver uma pretensão fundada em norma inserida na Constituição, e indiretamente em duas hipóteses: quando a pretensão estiver fundada em uma norma infraconstitucional e o intérprete observar a harmonização com a Constituição e quando, no momento da aplicação da norma, o intérprete direcionar o alcance da mesma à concretização dos anseios constitucionais. (BARROS, 2007, p. 227 – 228)

No que tange ao cenário jurídico brasileiro, parece haver consenso quanto ao preponderante entendimento de adoção da teoria da eficácia direta. A respeito da incidência direta *prima facie* dos direitos fundamentais nas relações privadas:

A concepção adotada, no sentido de uma eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares, significa, em termos gerais, que, em princípio, podem e devem ser extraídos efeitos jurídicos diretamente das normas de direitos fundamentais também em relação aos atores privados, não resultando obstaculizada pela falta ou insuficiência de regulação legal. Que somente as circunstâncias de cada caso concreto, as peculiaridades de cada direito fundamental e do seu âmbito de proteção, as disposições legais vigentes e a observância dos métodos de interpretação e solução de conflitos entre direitos fundamentais [...] podem assegurar uma solução constitucionalmente adequada, resulta evidente e não está em contradição com a concepção aqui sustentada e, ainda que com alguma variação, majoritariamente defendida e praticada no Brasil. (SARLET, 2010, p. 28)

³⁰ Conforme expressão utilizada pelo autor. (BARROSO, 2007, p. 227)

Este tipo de vinculação configura “[...] a impossibilidade de uma vinculação directa de feições absolutas, mas, ainda assim, uma vinculação directa dos particulares aos direitos fundamentais.” (MAC CRORIE, 2005, p. 86)

O constituinte brasileiro manifestou expressamente, no art. 5º, § 1º do texto constitucional a previsão de acordo com a qual as normas que definem direitos fundamentais devem ser aplicadas de forma imediata, o que foi compreendido pela maior parte da doutrina como uma inegável opção pela eficácia direta das normas definidoras de direitos fundamentais, de maneira que os órgãos estatais estariam, assim, obrigados a garantir e proteger tanto quanto possível a estes direitos. (SARLET, 2010, p. 25) Doutrinariamente, muito embora não haja um número expressivo de manifestações sobre o tema, entre os que se manifestaram a teoria da vinculação direta parece ter conquistado um maior número de defensores. (SARMENTO, 2006, p. 260)

Quanto à jurisprudência brasileira, verifica-se a ocorrência de um curioso fenômeno, que é o fato de que, muito embora não se afigurem poucas, as decisões que se valem diretamente os direitos fundamentais para alcançar a solução de conflitos no âmbito privado, a grande maioria destes julgados não traz consigo uma fundamentação que, teoricamente, ratifique esta postura. (SARMENTO, 2006, p. 260)

Interessa que seja feito, ainda, um último esclarecimento em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Embora se reconheça a possibilidade desta vinculação de forma direta, disto não se extrai que estes direitos incidam nas relações privadas de maneira idêntica à incidência que ocorrem nas relações que envolvam os cidadãos e o Estado. Em virtude de que os particulares são, também, detentores de direitos fundamentais exige a observância de certas peculiaridades quando da vinculação dos direitos humanos na esfera privada. Um exemplo neste sentido é o de que não se pode exigir (com fundamento na “isonomia”) que qualquer particular venha a se relacionar de maneira idêntica com seus vizinhos, pois há o direito de nutrir sentimentos de amizade por alguns e não por outros, e seria um ato de totalitarismo a pretensão de invadir esta seara.³¹ “Temos, como seres humanos, o direito inalienável de agir com

³¹ Esta observação irá reforçar as análises que serão realizadas na sequência deste texto, com relação ao dever de solidariedade, no sentido de que “ser solidário”, no seu sentido jurídico, não

base em nossos sentimentos pessoais, preferências subjetivas de foro íntimo, e até caprichos, e esta faculdade as autoridades públicas, num Estado de Direito, não podem possuir.” (SARMENTO, 2006, p. 270-271)

Neste sentido “[...] tem-se entendido que a fixação de limites para a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares envolve um problema de ponderação com a autonomia privada”. (SARMENTO, 2006, p. 271)

Apenas a título ilustrativo do que foi abordado até o momento, segue decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, expressando entendimento concomitante ao aqui apresentado:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. [...]

(BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821)

Curioso perceber que os direitos fundamentais são invocados na decisão acima tanto como garantidores de uma determinada atuação, quanto na qualidade

significa “nutrir um sentimento de solidariedade”, o que não se poderia exigir juridicamente, mas sim, “agir de forma solidária”, o que é juridicamente possível.

de limitadores, no sentido de que esta atuação não venha a impedir o exercício dos direitos de terceiros.

Sobre a resolução de conflitos entre particulares e o grau de vinculação destes aos direitos fundamentais, explique-se que um dos mais relevantes critérios a ser considerado é o nível de desigualdade fática existente entre as partes. Desta maneira quanto maior for a assimetria existente na relação, mais fortemente ligada ao direito fundamental em jogo estará a parte mais forte. Mas este critério não é por si só suficientemente forte para fundamentar uma maior vinculação da parte aos direitos fundamentais. O maior ou menor grau de autonomia das partes também é critério a ser considerado na resolução de conflitos. Além destes, a gravidade e irreversibilidade da intervenção também constituem critérios inafastavelmente relevantes para a solução das situações em comento. (MAC CRORIE, 2005, p. 111-112)

Aqui, retorna-se à já mencionada ponderação. De fato, parece uma tarefa impossível abordar a temática dos direitos fundamentais sem que, cedo ou tarde, se chegue à abordagem da ponderação.

A compreensão em torno da incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas parece nascer logicamente da opção por uma hermenêutica efetivamente comprometida com o viés normativo-constitucional. Isto não equivale, a dizer, e importa que se destaque, que os direitos fundamentais devam incidir de forma absoluta nas relações privadas. Importa que esta questão seja enfatizada, posto existirem críticas à teoria da eficácia imediata calcadas na incidência incondicional dos direitos sob comento por sobre a esfera privada. (PEREIRA, 2006, p. 185)

Já não é novidade a afirmação de que, qualquer que seja a concepção adotada, a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas deve ser resolvida através do sopesamento/ponderação dos valores atrelados. (PEREIRA, 2006, p. 186)

Assim, em virtude de todo o exposto, se adota aqui o entendimento de acordo com a incidência dos direitos fundamentais de forma direta, *prima facie*, nas relações privadas. Em outras palavras, os direitos fundamentais devem incidir diretamente, entretanto, é na verificação das particularidades do caso, que será concretamente realizada a devida ponderação em torno da efetivação desta incidência.

De maneira geral, é possível concluir, que o ordenamento jurídico brasileiro vem passando por uma profunda revisão. Antigas concepções, como as concepções patrimonialistas acabaram sendo substituídas por novas ideologias. Vários acontecimentos históricos, notadamente aqueles mais trágicos como guerras e regimes totalitaristas, demonstraram ao direito a necessidade desta mudança.

Neste mesmo sentido, passadas as primeiras reflexões sobre o contexto jurídico brasileiro contemporâneo, é possível que se prossiga com a análise aqui iniciada. O solidarismo jurídico e seus vieses darão a sequência ao estudo aqui proposto.

3 OS DIREITOS HUMANOS E O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE: A NOVA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

“ Com relação às grandes aspirações dos homens de boa vontade, já estamos demasiadamente atrasados. Busquemos não aumentar esse atraso com nossa incredulidade, com nossa indolência, com nosso ceticismo. Não temos muito tempo a perder.”

Norberto Bobbio (“A era dos Direitos”, p. 61)

O primeiro capítulo destinou-se a revelar as nuances do Constitucionalismo Contemporâneo, pensando o ordenamento jurídico brasileiro como um complexo unitário, um todo formado por diversas partes que não podem ser observadas isoladamente, mas que devem, isto sim, ser observadas sob a inspiração da Constituição Federal.

É fato que o ordenamento jurídico brasileiro não está “hermeticamente” isolado de influências externas. Assim é que, conforme se verá, os Direitos Humanos influenciaram profundamente as bases do Direito Constitucional brasileiro, e, em consequência, o ordenamento jurídico pátrio como um todo. Internalizados na forma de Direitos Fundamentais, os Direitos Humanos trouxeram ao cenário jurídico brasileiro, entre outros importantes fundamentos, a noção de fraternidade, concebida internamente pelo princípio da solidariedade.

O princípio da solidariedade, por sua vez, carrega em si o suporte do instituto da função social. Buscando juridicizar o dever de zelo pelo bem-comum, o agir em prol do benefício (ou ao menos do “não malefício”) coletivo, este princípio resgata o ideal iluminista de “fraternidade”, presente na tríade “liberdade, igualdade, fraternidade” baluartes da Revolução Francesa. Os ideais de liberdade e de igualdade, tiveram seu destaque, respectivamente, em momentos como o liberalismo (liberdade) e o Estado de bem-estar social (igualdade material), mas a fraternidade/solidariedade parece não ter sido a tônica até o momento. Mas será que já não é chegada a hora de buscar a realização de ideais mais altos? Será que a humanidade já não se encontra em condições de, além de exercer a sua liberdade e de buscar a sua igualdade, olhar também pelos direitos do próximo e de todos?

3.1 Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais: da fraternidade à solidariedade

*“Quero continuar a viver, mesmo depois de minha morte!”
(O Diário de Anne Frank)*

No primeiro capítulo foi construída uma noção em tornado contexto jurídico contemporâneo, notadamente no que tange ao direito interno brasileiro. Neste primeiro passo, a análise centrou-se na normatividade da Constituição Federal, na expansão de seu conteúdo sobre a normativa infraconstitucional, na centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana, entre outras constatações que puderam ser verificadas.

Não obstante, ao menos uma questão ficou pendente de resposta naquele momento: e quanto aos Direitos Humanos? Não foram aprofundados anteriormente, por demandarem espaço próprio. Ao se tratar de Direitos Humanos, se faz necessário, primeiramente, deslindar a substância contida em tal expressão. Até mesmo em razão da amplitude do discurso em torno de tais direitos. Neste tocante, importa que se tenha em mente a advertência de Boaventura de Souza Santos (2013, p. 13), segundo o qual “a grande maioria da população mundial não é sujeito de direitos humanos. É objecto de discursos de direitos humanos.” Ou seja, figurar no discurso não parece ser, necessariamente, sinônimo de fruição de tais direitos. Eis um primeiro alerta.

O termo que ganhou destaque após a Segunda Guerra Mundial e após a criação das Nações Unidas, nem sempre é utilizado em sentido análogo, seja em razão de sua ampla divulgação, de maneira que, ao tempoem que muitos tratam do assunto, poucos sabem o seu conteúdo, seja em razão das controvérsias em torno da amplitude contida no conceito de Direitos Humanos. (CABRITA, 2011, p.12) O fato é que entre os próprios atores do discurso sobre os Direitos Humanos existem diferentes concepções, inclusive de acordo com as diferenças culturais existentes ao redor do mundo. E mesmo nos casos onde existe o consenso sobre quais direitos integram o rol dos Direitos Humanos, ainda existe uma divergência de entendimentos sobre o conteúdo de tais direitos, de forma que, por exemplo, não necessariamente o direito à vida será defendido da mesma forma por todas as pessoas. (CABRITA, 2011, p. 14-15/17)

Ocorre que os autores da Declaração Universal dos Direitos do Homem optaram por um acordo de viés prático, ou seja, um conjunto de direitos que pudessem ser praticados, abandonando a busca por uma conceituação filosófica para tais direitos. “A estratégia utilizada na Declaração Universal dos Direitos do Homem pôs a nu a pluralidade de sentidos que se escondem por detrás dos discursos dos Direitos Humanos.” (CABRITA, 2011, p. 19-20)

Mas, abandonando as divagações em torno das dificuldades que permeiam o sentido dos Direitos Humanos, deve haver um consenso mais ou menos amplo em torno deste conceito e é para este conceito que as atenções devem se voltar.

Introduzida através da Declaração de 1948, a percepção contemporânea de Direitos Humanos engloba as seguintes características: a universalidade, que exige apenas a condição de pessoa para a atribuição de titularidade de tais Direitos e a indivisibilidade, que vincula a garantia dos direitos civis e políticos à garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais (e vice-versa). (PIOVESAN, 2011, p. 41)

Em síntese, trata-se de uma maneira de se referir a enunciados jurídicos que se encontram em um nível superior aos demais, seja por estarem garantidos por normas superiores, seja pelo entendimento de que são intrínsecos, inseparáveis do próprio ser humano, já que nascem com estes e fazem parte da sua natureza e dignidade³². São, ainda, fundamentais pois deles depende a própria existência humana e universais em razão de sua exigibilidade geral, ou seja, frente a qualquer autoridade política. (GORCZEVSKI, 2009, p. 20)

Percebe-se que, apesar de existirem concepções variadas em torno do conteúdo dos Direitos Humanos, estes possuem em seu núcleo as características acima mencionadas de universalidade e indivisibilidade.

Segundo Bobbio o reconhecimento de um fundamento para os direitos humanos ampliaria seu reconhecimento. (BOBBIO, 2004, p. 15-16) Porém, Bobbio entende que o fundamento absoluto seria impossível, apontando, entre outras, as seguintes razões para tal: 1) a expressão “direitos do homem” ser uma expressão extremamente vaga; 2) tratar-se de uma classe que varia conforme os acontecimentos históricos; 3) tratar-se de uma classe de direitos bastante heterogênea, e que, por vezes, abarca direitos até mesmo incompatíveis entre si. (BOBBIO, 2004, p. 17-21)

³² Conforme explica Flávia Piovesan, (os direitos humanos) “invocam [...] uma plataforma emancipatória voltada à proteção da dignidade humana”. (PIOVESAN, 2006, p. 37)

Há ainda outro aspecto que deve ser considerado. O discurso em torno dos Direitos Humanos parece não conhecer fronteiras, de forma que é possível ouvir este termo relacionado a situações que ocorrem em diversos pontos do globo. Mas de que forma estes direitos passaram a ser conhecidos (e aqui não se quer dizer que tenham sido absolutamente ratificados) pela comunidade internacional?

Sem que se pretenda realizar uma profunda digressão histórica em busca das mais remotas origens dos Direitos Humanos, convém mencionar, mesmo que rapidamente, as revoluções francesa e americana e o papel por elas desempenhado no desenvolvimento dos Direitos Humanos.

Quanto à Revolução Americana, percebe-se que esta voltou-se, fundamentalmente, contra o poder monárquico e teve como pretensão a independência com relação à Coroa, não importando que tal comportamento reverberasse estímulos às demais colônias europeias. Em contrapartida, a Revolução Francesa buscava uma transformação social radical, um recomeço do zero. Além disso, diferente dos norte-americanos, os franceses entendiam esta missão como algo universal de libertação. (COMPARATO, 2010, p. 64) “E, efetivamente, o espírito da Revolução Francesa difundiu-se, em pouco tempo, a partir da Europa, a regiões tão distantes quanto o subcontinente indiano, a Ásia Menor e a América Latina.” (COMPARATO, 2010, p. 64-65)

Para o momento, importa que a relevância da Revolução Francesa para o desenvolvimento dos Direitos Humanos esteja clara, pois será amadurecida em um futuro próximo. Convém apenas que se perceba a influência dos ideais da Revolução Francesa nestes direitos, e que se alcance uma compreensão acerca de sua concepção contemporânea.

Foi essa revolução que instituiu o início da modernidade, foi o marco do início da secessão entre a Igreja e o Estado, do início da participação popular em questões estatais, da igualdade formal, do surgimento da educação pública, da abolição da escravidão e da tortura, e, sobretudo, o surgimento da “[...] ideia de igualdade, liberdade e fraternidade proclamada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão como os princípios que devem guiar a vida de todos os homens.” (GORCZEVSKI, 2009, p. 122)

Além da Revolução Francesa, outro acontecimento histórico impactou profundamente na concepção contemporânea de Direitos Humanos. Os acontecimentos que se desenrolaram durante a Segunda Guerra Mundial foram os

protagonistas de uma tomada de consciência. O Pós-Guerra originou uma consciência global da necessidade de um revide aos horrores que se passaram durante o regime nazista. A “Era Hitler”³³ revelou um Estado que figurava como o grande violador dos Direitos Humanos, posto que o ser humano foi tratado como “algo” descartável, o que se verificou, por exemplo, com o envio de 18 milhões de seres humanos a campos de concentração e consequente morte de 11 milhões destes. (PIOVESAN, 2011, p. 36)

Ademais, o temor relacionado a questões como genocídio de grupos étnicos, ameaças à manutenção da paz internacional, entre outros, fez surgir o entendimento de que não seria o suficiente que cada Estado, isoladamente, protegesse os direitos. (Dornelles, 2003-2004, p. 179) Este contexto fez nascer o interesse na criação de mecanismos de fiscalização e de controle das atitudes dos Estados, “[...] em relação ao respeito àqueles que habitam ou se encontrem em seu território e do respeito aos princípios do direito internacional.” (Dornelles, 2003-2004, p. 179) Ainda neste sentido, menciona Jayme Benvenuto (2008, p. 161) que “os eventos da Segunda Guerra Mundial trouxeram a consciência de que o indivíduo é, sim, matéria de interesse internacional, sob a primazia dos direitos humanos [...]”

Ocorre que, no cenário que se desenrolou após as guerras que marcaram o século XX, passou a existir um empenho na restauração dos Direitos Humanos como um paradigma orientador da ordem internacional. (PIOVESAN, 2011, p. 36).

Relevante, ainda neste ponto, que se faça a devida menção acerca da superação do apego exagerado ao positivismo jurídico, questão esta que é explicada por Flávia Piovesan ao mencionar que “sob essa perspectiva se manifesta a aguda crítica e o repúdio contra um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, confinado à ótica meramente formal – “e que “[...] tendo em vista que o nazismo e o fascismo ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade e promoveram a barbárie em nome da lei”. (PIOVESAN, 2011, p. 37-38)

O século XX, palco de tantos avanços sociais, foi também cenário de violentas transgressões a exemplo das duas guerras mundiais. Estes acontecimentos revelaram que a preservação da dignidade humana em um sistema legal desvinculado de valores morais e apegado unicamente na lei nacional foi insuficiente para evitar os ultrajes ocorridos. Tanto assim é, que o argumento

³³ Conforme expressão utilizada por Flávia Piovesa. (PIOVESAN, 2011, p. 36)

utilizado pelos nazistas para justificar suas atitudes foi o cumprimento da lei, “[...] sendo eles apenas uma peça na engrenagem Estatal criada pela ordem do 3º Reich.” (BARRETO; BAEZ, 2007, p. 20).

“A barbárie em nome da lei”. Esta frase resume de forma bastante adequada o legado deixado pelo excessivo apego à “letra fria da lei”, e pelo descaso com relação a valores, à moralidade e à própria noção de justiça expressa (ou não) normativamente. Quer dizer, se a lei permite, é válido, por mais que seja injusto, por mais que seja “errado”. A humanidade pagou caro por permitir isto. Em verdade, trata-se de um tipo de “dívida” impagável. Quanto às ações em nível internacional, há, ainda, outro aspecto relevante:

Cada vez mais, as deliberações realizadas nas relações internacionais afetam de maneira mais rápida e impactante a vida no interior dos Estados nacionais. Da economia ao direito, dificilmente um sistema deixa de ser afetado pelas decisões tomadas nas relações externas aos Estados, sendo estes partícipes ou não do sistema jurídico-político internacional correspondente. Nesse sentido, mesmo o *direito*, considerado sob o ponto de vista *nacional*, recebe influências determinantes, substanciais e procedimentais, sob os diversos fluxos da mundialização em curso. (grifo no original, VIEIRA; MORAES, 2012, p. 177-178)

Isto posto, torna-se possível concluir que deve haver uma ordem valorativa superior ao texto frio da lei, de forma que a previsão legal não pode ser suficiente para que toda e qualquer ação estatal seja considerada lícita. Dos aspectos acima mencionados, é possível perceber que os Direitos Humanos possuem um papel destacado no cenário internacional, atuando como parâmetros de controle dos atos praticados pelos Estados, no sentido de evitar possíveis danos globais, como, por exemplo, uma nova guerra mundial.

Muito cativante a conclusão de que a coexistência humana precisa ser garantida. Mas, apenas concluir (o óbvio) não é o suficiente, é preciso que sejam criados meios de materialização deste objetivo. Portanto, abre-se espaço para a abordagem da Declaração Universal de Direitos Humanos e dos Pactos. Afinal, não há sentido na existência de direitos que não podem ser postos em prática, de uma forma ou de outra. Mais do que simplesmente existir no plano das ideias, é necessário que os direitos se materializem no mundo prático.

A Carta da Organização das Nações Unidas, de 1945, “[...] pode ser considerada como o primeiro instrumento internacional com preocupação explícita em relação ao tema da proteção geral dos direitos humanos.” (FRIEDRICH, 2008, p. 04) Já a Declaração de 1948, “[...] começa a desenvolver o Direito Internacional dos

Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros instrumentos internacionais de proteção.” (PIOVESAN, 2011, p. 41) A Declaração Universal dos Direitos do Homem contém “[...] os grandes princípios de respeito pela pessoa e pela sua dignidade [...] e que apresenta um primeiro catálogo de direitos, reconduzíveis uns a direitos, liberdades e garantias [...] e outros a direitos económicos, sociais e culturais [...]” (MIRANDA, 2002, p. 290).

Importante aduzir, ainda, já que a perspectiva dos deveres foi mencionada no primeiro capítulo, um artigo da Declaração Universal de Direitos Humanos que parecem conciliar-se a esta lógica. Trata-se o artigo 29, incisos 1 e 2, que ponderam:

1. Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.
2. No exercício de seus direitos e liberdades, todo ser humano estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. (ONU, 1948)

Salvo melhor juízo, este artigo parece estar de acordo com a ideia anteriormente explorada de que além dos direitos há uma dimensão de deveres que deve ser considerada e da qual os direitos dependem intimamente.

O transcurso da universalização dos Direitos Humanos engendrou o sistema internacional de proteção a tais direitos, formado por tratados internacionais os quais carregam em seu bojo, sobretudo, uma compreensão ética da qual os Estados comungam ao alcançarem um consenso em torno de matérias nucleares aos direitos humanos, em atenção à proteção de um “mínimo ético irreduzível³⁴.” (PIOVESAN, 2011, p. 41)

Percebe-se, novamente, a menção a uma “consciência ética contemporânea”, ou seja, fica claro que os Direitos Humanos possuem um papel relevante no cenário jurídico internacional.

Com o intuito de tornar juridicamente exigíveis as disposições constantes da Declaração de 1948, celebraram-se o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto de Direitos Económicos, Sociais e Culturais. O primeiro (Pacto de Direitos Cívicos e Políticos) voltando-se à tutela dos indivíduos e calcado no constitucionalismo que marcou o Estado Liberal. Já o segundo (Pacto de Direitos Económicos, Sociais e

³⁴ Conforme expressão utilizada por Flávia Piovesan. (PIOVESAN, 2011, p. 41)

Culturais), voltou-se aos Estados membros que se obrigaram a efetivar tais direitos e é espelhado nas Constituições Sociais do século XX. (FRIEDRICH, 2008, p. 05)

Os pactos possuem caráter de tratado, a fim de proporcionar a sua exigibilidade. A opção por dois textos teve um caráter pragmático, já que se deu em virtude de que os Estados poderiam se vincular mais facilmente aos direitos relacionados às liberdades e garantias do que aos direitos sociais, dependentes, estes, do desenvolvimento econômico de cada Estado. (MIRANDA, 2002, p. 292) Dito de outra forma, aqueles direitos dependentes da destinação de recursos financeiros poderiam não ser objeto de ratificação com a mesma intensidade que os direitos de liberdade.

Os pactos acima mencionados possuem semelhanças estruturais: proclamam em sua Parte I, os direitos à autodeterminação dos povos e à disposição de cada povo sobre os seus recursos naturais; na Parte II trazem regras gerais com a igualdade entre homens e mulheres; a Parte IV, dedicam à estrutura dos direitos e seus sistemas de garantias, sendo, neste caso, bastante mais complexo o sistema dos direitos civis e políticos do que o dos direitos econômicos, sociais e culturais. (MIRANDA, 2002, p. 293) Destaque-se que, ao lado dos sistemas normativos globais, existem os sistemas regionais de proteção que, complementares ao sistema global, são também movidos pelos princípios contidos na Declaração Universal e conformam o universo de instrumentos disponíveis à proteção dos direitos humanos a nível internacional. (PIOVESAN, 2011, p. 41-42)

Mas, afinal, há ainda uma questão pendente de resposta: qual é a relação entre os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais? Em verdade esta “distinção” é bastante simples.

Mesmo sendo possível que se encontrem críticas a este entendimento, verifica-se que a Constituição Federal vigente (1988), expressa uma distinção entre os Direitos Humanos, vistos como uma condição jurídica reconhecida internacionalmente a todo e qualquer pessoa humana, e os Direitos Fundamentais, positivados constitucionalmente, seja de forma expressa ou implícita. (SARLET, 2010, p. 17) Ainda no que tange a tal distinção, é possível compreender que a distinção entre as expressões “Direitos Humanos” e “Direitos Fundamentais” é formal, na medida em que os Direitos Humanos são compreendidos como prerrogativas que se destacam de qualquer estrutura enquanto que os Direitos Fundamentais compõem a base dessa estrutura. (CARDOSO, 2013, p. 34)

Ou seja, os Direitos Humanos, quando positivados internamente, passam a figurar na categoria de Direitos Fundamentais.

No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 abarcou praticamente todos os direitos ratificados em nível internacional, “[...] de tal sorte que, em termos práticos, os tratados de direitos humanos acabam por ter uma relevância mais subsidiária [...]”. (SARLET, 2010, p. 18) Dito de outra maneira, já que internalizados no sistema constitucional vigente na forma de Direitos Fundamentais, os Direitos Humanos acabam por não ser invocados diretamente, desempenhando um caráter subsidiário. Desta forma, respondendo à questão proposta, é possível afirmar que os Direitos Humanos possuem sim, um papel destacado no ordenamento jurídico pátrio, embora sejam comumente visualizados como Direitos Fundamentais.

Enfim, no que concerne aos Direitos Humanos, objeto de apreciação neste momento, é possível resumir, sem que com isso se pretenda reduzir seu significado, que tais Direitos espelham um:

[...] conjunto de valores históricos básicos e fundamentais, que dizem respeito à vida digna jurídico-político-psíquico-físico-econômica e afetiva dos seres humanos e de seu habitat, tanto daqueles do presente quanto daqueles do porvir, surgem sempre como condição fundante da vida, impondo aos agentes político-jurídico-econômico-sociais a tarefa de agirem no sentido de permitir e viabilizar que a todos seja consignada a possibilidade de usufruí-los em benefício próprio e comum ao mesmo tempo. (grifo no original, MORAIS, 2010, p. 131)

Seguindo para a análise da “fraternidade” e da “solidariedade”, há ainda, um outro aporte em torno dos Direitos Humanos, que, necessariamente, precisa ser enfocado. Trata-se das chamadas “dimensões de direitos”.

Note-se a existência de autores que se utilizam da expressão “gerações” de direitos, enquanto outros preferem o termo “dimensão”, por entenderem que se tratam de direitos que não são suplantados com o passar do tempo. (WOLKMER, 2010, p. 14-15) No presente texto, entende-se que ambas as expressões são passíveis de utilização, não havendo, portanto, preferência por uma ou por outra.

Os Direitos Humanos evoluíram, cronologicamente, à semelhança do progresso histórico a eles subjacente. Assim, conforme foram avançando, foram sendo catalogadas as chamadas “gerações” de direitos. A primeira geração comporta os direitos decorrentes dos ideais jusnaturalistas e iluministas, característicos dos séculos XVIII e XIX, baseados na noção de liberdade individual e da omissão estatal: direito à vida, à liberdade (religiosa, política, de opinião), direito à

propriedade, proibição da tortura, entre outros. Já os direitos de segunda geração, surgidos na segunda metade do século XIX e vinculados ao princípio da igualdade, requerem uma postura participativa do Estado na garantia de direitos coletivos. Esta geração abarca os direitos à educação, à saúde, assistência contra invalidez e ao resguardo contra o desemprego, etc. (GORCZEVSKI, 2009, p. 131-134) Os direitos de terceira geração, são os que mais se vinculam com a perspectiva aqui explorada.

Assim, verifica-se que, quanto aos direitos de primeira geração, a liberdade foi o seu valor guia, da mesma forma que a igualdade o foi para os direitos econômicos, sociais e culturais. Já quanto aos direitos de terceira geração, a sua fonte valorativa é a solidariedade³⁵. (LUÑO, p. 2007, p. 232)

O fim da Segunda Guerra Mundial desperta a consciência de um mundo dividido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, divisão esta que se reproduz no interior dos Estados, e faz surgir um novo grupo de direitos com características claramente diferenciadas dos anteriores. Possuindo uma índole universal, de incidência a toda população mundial, faz com que não se encaixem nos modelos anteriores; recebem, então, a denominação de 'direitos de terceira geração'. (GORCZEVSKI, 2009, p. 135)

Ou seja, os direitos de primeira dimensão são, segundo Wolkmer (2010, p. 15) “direitos inerentes à individualidade, tidos como atributos naturais, inalienáveis e imprescritíveis, que, por serem de defesa e serem estabelecidos contra o Estado, têm especificidade de direitos “negativos”. Já os direitos de segunda dimensão não são estabelecidos contra o Estado, mas pressupõe a concessão por parte deste a todos os indivíduos. (WOLKMER, 2010, p. 16)

Já os direitos de terceira geração relacionam-se ao ideal de fraternidade e não se destinam ao indivíduo ou à coletividade, mas, sim, ao gênero humano. Trata-se dos direitos relacionados ao meio ambiente, à paz entre as nações, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento sustentável, entre outros. (GORCZEVSKI, 2009, p. 135-143)

O século XX foi palco do progresso de novos direitos que, seguindo a trilha dos direitos de liberdade e igualdade, acrescentaram uma nova dimensão, de solidariedade (ou fraternidade) aos ordenamentos jurídicos ocidentais. São

³⁵ Não poderia ser mais compatível com a ideia aqui defendida, a explicação de Antonio Carlos Wolkmer, motivo pelo qual merece ser trazida ao texto: “Os direitos coletivos e difusos se referem aos direitos metaindividuais, direitos de solidariedade. A nota caracterizadora desses direitos “novos” é a de que seu titular não é mais o homem individual (tampouco regulam as relações entre os indivíduos e o Estado), mas agora dizem respeito à proteção de categorias ou grupos de pessoas (família, povo, nação), **não se enquadrando nem no público nem no privado.**” (sem grifo no original, WOLKMER, 2010, p. 17) Veja-se que tais direitos estão inseridos na lógica já explorada no primeiro capítulo, segundo a qual o direito intersecciona constantemente as esferas pública e privada.

chamados de direitos de “terceira geração”. Entre tais direitos, que não são destinados a um indivíduo, grupo ou a determinado Estado, mas ao gênero humano como um todo em uma conjuntura de consolidação como valor existencial “[...] foram incluídos os direitos ao desenvolvimento, à paz internacional, à comunicação e a um meio ambiente sadio e protegido. (MORAES, 2008, p. 251)

A quarta geração de direitos, nascida no século XX, é fruto da evolução tecnológica. Trata-se dos direitos relacionados a questões como aborto, eutanásia, clonagem e células-tronco. Com o advento da sociedade virtual, no final do século XX, surgiram também os direitos de quinta geração. Estes direitos relacionam-se à cibernética, à inteligência artificial, ao comércio eletrônico e à assuntos correlacionados. Destaque-se que existem autores que entendem pela existência de, apenas, três gerações de direitos, pois compreendem que não haveria necessidade de que a cada progresso social, instituir-se uma nova geração de direitos. (GORCZEVSKI, 2009, p. 135 -143)

Se antes da Revolução Francesa, a fraternidade traduzia um valor que adjetivava algumas relações, após a Revolução, esta expressão foi substituída, gradativamente pela expressão “solidariedade”. (GORIA, 2008, p. 27)

Sobre a importância da solidariedade na concretização de todas gerações de direitos, vale trazer a reflexão de Pérez Luño, que menciona que *“sólo mediante um espírito solidario de sinergia, es decir, de cooperación y sacrificio voluntario y altruista de los intereses egoístas será posible satisfacer plenamente las necesidades y aspiraciones globales comunes relativas a la paz, a la calidad de vida, o a la libertad informática.”* (grifo no original, LUÑO, 2007, p. 232)

Dito isto, verificou-se que, em nível internacional, houve uma tomada de consciência ética no pós-guerra sendo que, desta consciência, nasceu a concepção contemporânea dos Direitos Humanos. Verificou-se, ainda, que tais direitos foram internalizados no Brasil na forma de Direitos Fundamentais. Percebeu-se, também, que os “direitos de solidariedade”, extensivos que são a todo o gênero humano, pressupõem uma sinergia para a sua efetivação e proteção, a exemplo do direito ao meio ambiente, que bem exemplifica a necessidade de um esforço conjunto para a sua realização.

Porém, afim de honrar a proposta feita no início deste capítulo há que se observar a maneira como o ideal de fraternidade (ou solidariedade) pode (se é que pode) ser juridicamente exigível nos dias de hoje.

3.2 Fraternidade Ontem, Solidariedade Hoje: Abordagem Histórica do Surgimento do Ideal Solidarista e da Superação do Individualismo

Se for verdade, que houve um momento no qual a humanidade teve que repensar seu futuro, este indubitavelmente compreende o período posterior à Segunda Guerra Mundial. Não sendo assim, talvez, nem houvesse outra oportunidade, já que sabe-se amplamente que o aparato bélico disponível na atualidade é capaz de aniquilar com a própria existência humana.

A partir dessa conscientização, os termos “fraternidade” e “solidariedade” passaram a figurar em importantes diplomas legais³⁶: a fraternidade está na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a solidariedade, por sua vez, figura no 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

É possível afirmar que, certamente, não é sem motivos que já em seu preâmbulo a Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma que “[...] o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade [...]”, e dispõe a respeito da construção (ou seja, remete para o futuro) de “[...] um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum [...]”. (ONU, 1948)

Sendo o preâmbulo o momento introdutório de um diploma legal, não há como negar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos expõe claramente a sua intenção em servir de instrumento para oposição/superação de um período anterior marcado pela barbárie. O legado deixado pela guerra não foi apenas a criação de uma formalidade, consubstanciada na forma da Declaração Universal dos Direitos Humanos, mas, especialmente, o conteúdo expresso por esta Declaração. Esta é a verdadeira essência, o verdadeiro legado a ser implementado.

O que se quer demonstrar é que, “[...] após a Segunda Guerra mundial, a maior preocupação da Organização das Nações Unidas era estabelecer uma nova ordem internacional fundada na definição de direitos humanos básicos, que vinculassem todo o processo de busca de paz mundial[...]”. (CARDOSO, 2013, p. 37-38) Terminada a Segunda Guerra Mundial o conceito de solidariedade foi amplamente alargado. A calamidade da guerra fez surgir o desejo de união, tanto no

³⁶ Não se quer dizer com isso que jamais antes haviam figurado em algum diploma legal, apenas que, para a análise aqui em desenvolvimento importa o referido momento histórico.

sentido da reconstrução quanto no sentido da reaproximação entre sociedades e nações. (ZOLL, 2007, p. 19)

Foi referido anteriormente que os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade estariam conectados com os Direitos Humanos. Agora, chega-se ao momento de estabelecer tal conexão. O artigo 1º da Declaração menciona que: “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade³⁷.” (ONU, 1948) Não estão claramente expressas neste artigo, as concepções de “liberdade, igualdade e fraternidade”? Salvo melhor juízo, parece ser um fato inegável que sim³⁸. Nota-se aqui, que o ideário solidarista embora fortalecido no período pós-guerra, é anterior a este.

“A solidariedade que hoje se constrói já superou a mera fraternidade da Revolução liberal burguesa, é a sua evolução.” (OLIVEIRA JÚNIOR, 2009, p. 20) Apesar de estar insculpido no conhecido lema da Revolução Francesa, a expressão “fraternidade” sequer fez parte da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). O termo “fraternidade” ressurgiu na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 1º (conforme transcrito logo acima). (OLIVEIRA JÚNIOR, 2009, p. 20)

A modernidade carregou consigo uma noção mais aproximada da filantropia. Mas ao longo do século XIX a ideia de um dever assistencialista foi sendo desenvolvida. “O dever de prestar ajuda àqueles que passam necessidade são preocupações da Revolução Francesa que, depois de algumas hesitações no início e antes da reação termidoriana, colocava o direito ao socorro público.” (FARIAS, 1998, p. 188)

³⁷ Considerando que as origens do solidarismo podem remontar até mesmo ao século IV antes de Cristo (considerando que Platão teria abordado o tema em “A República”, e, portanto, mais de dois mil anos de história atrás, optou-se, no presente trabalho, em limitar a análise proposta a partir da Revolução Francesa. Tal opção se dá em virtude do contexto próprio deste trabalho, considerando que para os fins aqui propostos o desenvolvimento do ideário solidarista pós Revolução Francesa estaria suficientemente adequado à pesquisa aqui proposta.

Neste sentido: “Pode-se pensar, de início, que a ideia de solidariedade teve seu surgimento com o cristianismo. Contudo, percebe-se em eras mais remotas, através de passagens filosóficas, a presença de um sentimento solidarista. Na obra A República, de Platão, por exemplo, verifica-se um diálogo de Sócrates com Glauco no qual estão expressas a ideia de unidade social e uma crítica ao individualismo.” (PELLEGRINI, 2012, p. 54)

³⁸ É necessário que fique claro não haver, aqui, a intenção de tomar a autoria desta observação de alguém que já a tenha realizado anteriormente. Possivelmente esta conclusão já tenha sido obtida por estudiosos do assunto. Não há, aqui, a devida referência, em virtude de que este arrazoado não foi retirado de nenhuma obra especificamente, se não da leitura direta da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

E aqui se deve chamar a atenção para uma questão de extrema importância no que tange ao estudo da solidariedade.

Se, por um lado, as preocupações referentes à “questão social” já estão fortemente presentes e o ideal de fraternidade ele próprio é avançado pelas revoluções de 1789 e 1848 na França, por outro lado, essa política de assistência não repousa sobre um discurso construído de solidariedade. O tema da solidariedade, que encontramos já presente nas obras de Pierre Leroux, de Auguste Comte e Proudhon, constitui-se sistematicamente um pouco mais tarde. É apenas no fim do século XIX que encontramos a *descoberta da solidariedade*.

A partir do fim do século XIX, quando se fala de solidariedade, pretende-se, com essa palavra, designar algo bem diferente. [...]

É somente no fim do século XIX que aparece a lógica da solidariedade como um discurso coerente que não se confunde com “caridade” ou “filantropia” (grifo no original, FARIAS, 1998, p. 190)

Essa distinção é fundamental para o desenvolvimento da temática “solidariedade”. Vale antecipar, ainda: é necessário que se tenha claro que, ao tratar da solidariedade sob o ponto de vista jurídico não se está tratando de um sentimento de bondade, nem mesmo de uma liberalidade. A solidariedade, quando inserida no discurso jurídico passa a ser um dever, e, portanto, torna-se juridicamente exigível.

A Revolução Francesa ocorreu no período de 1789 – 1799, e, como é de conhecimento geral, trouxe o ideal de “igualdade, liberdade e fraternidade”, este último conectado ao tema da solidariedade, aqui explorado. Cerca de cem anos depois, em 1893, Émile Durkheim refere-se à “solidariedade social”, em obra³⁹ na qual aborda as funções do trabalho na sociedade.

Émile Durkheim (1983, p. 31) em sua obra “Da Divisão do Trabalho Social”, analisa a solidariedade social advinda da divisão do trabalho. Segundo Durkheim (1983, p. 31) trata-se de “[...] uma verdade evidente, visto que a divisão do trabalho aqui está muito desenvolvida e produz a solidariedade”. Assim, seria preciso verificar de que forma esta solidariedade contribui, essencialmente, para a coesão social, ou se seria apenas um elemento acessório. Com este intuito, o autor propõe a classificação dos diferentes tipos de solidariedade social. (DURKHEIM, 1983, p. 31)

Ainda de acordo com a teoria de Durkheim, porque a solidariedade é um fato social que só pode ser conhecido através de seus efeitos é que seu estudo pertence à sociologia. Todavia, considerando que o Direito replica os principais tipos de

³⁹ A obra aqui mencionada é: DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social; As regras do método sociológico; O suicídio; As formas elementares da vida religiosa*. Seleção de textos de José Arthur Giannotti; tradução de Carlos Alberto Ribeiro de Moura. (Os Pensadores). 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

solidariedade social é necessário que sejam classificadas as diferentes espécies de direito para, posteriormente, efetuar a correlação com as respectivas formas de solidariedade. Assim, as regras jurídicas são classificadas de acordo com as sanções a elas relacionadas: as que consistem em uma dor ou diminuição (nos bens materiais ou na sua liberdade, por exemplo) imposta ao agente são repreensivas, como é o caso do direito penal. Quando as regras jurídicas implicam somente no reestabelecimento das relações alteradas à sua forma normal, são chamadas de sanções restitutivas. (DURKHEIM, 1983, p. 34)

Durkheim distingue, assim, ao menos dois tipos de solidariedades sociais, sendo elas, a solidariedade mecânica ou por similitude e a solidariedade orgânica ou devida à divisão do trabalho.

Sinteticamente, a solidariedade mecânica seria um tipo de solidariedade social relacionada ao direito repressivo, simbolizada, por tanto, pelo direito penal. (DURKHEIM, 1983, p. 54)

Com efeito, todos sabem que há uma coesão social cuja causa está numa certa conformidade de todas as consciências particulares a um tipo comum que não é outra coisa que o tipo psíquico da sociedade. Nestas condições, com efeito, não apenas todos os membros do grupo são individualmente atraídos uns pelos outros porque se assemelham, mas estão também ligados à condição de existência este grupo coletivo, isto é, a sociedade que formam por sua reunião. (DURKHEIM, 1983, p. 54)

Quanto à solidariedade orgânica, seria aquela solidariedade oriunda das relações que ligam a consciência particular à consciência coletiva, ou seja, que fazem a ligação do indivíduo com a sociedade. Tais relações são, por vezes, negativas⁴⁰ (abstração), por vezes são positivas (cooperação). (DURKHEIM, 1983, p. 61)

Mais recentemente, León Duguit (1859 – 1928), jurista francês e filósofo do Direito, realizou uma aproximação entre a solidariedade social e o Direito que se identifica profundamente com a abordagem ora realizada.

De acordo com Duguit, o homem, como ser social que é, jamais se desvincula de sua sociabilidade, preservando, ao lado de sua individualidade, laços de

⁴⁰ No sentido de aprofundar a explicação: “A justiça plena de caridade, ou, para retomar nossas expressões, a solidariedade negativa é uma emanção de uma outra solidariedade de natureza positiva: é a repercussão, na esfera dos **direitos reais**, de sentimentos sociais que vêm de uma outra fonte. Ela não tem, pois, nada de específico, mas é o acompanhamento necessário de toda espécie de solidariedade. Encontra-se necessariamente em toda parte onde os homens vivem uma vida comum, resulte esta da divisão do trabalho social ou da atração do semelhante pelo semelhante. “ (sem grifo no original, DURKHEIM, 1983, p. 65)

interdependência com os demais. Estes laços são manifestados pela solidariedade social, que constitui a amálgama de ligação e união entre os homens. Assim, Duguit considera que, independente das mais variadas formas sociais do passado ou do futuro, e independente do tempo em que ocorrem e do lugar (país), a solidariedade pode trazer em si um dos seguintes elementos fundamentais: a solidariedade ocorre entre membros de um mesmo grupo porque entre estes existem necessidades comuns e porque estes possuem anseios e aptidões diversas, de maneira que o intercâmbio recíproco de serviços (de acordo com a aptidão demonstrada por cada um) torna efetivos tais anseios. A primeira situação remete à solidariedade por semelhança e a segunda à solidariedade por divisão do trabalho. (DUGUIT, 2006, p. 23). Não poderia estar mais cristalina aqui, a convergência de ideias entre os autores trazidos ao texto.

Duguit, inclusive, faz expressa referência (em nota explicativa) à obra de Durkheim, quando menciona que “os homens tornam-se acentuadamente diferentes entre si, diferentes por suas aptidões, necessidades, aspirações e, em função disso, o intercâmbio de serviços adquire um caráter bastante complexo e frequente; daí os laços de solidariedade tornarem-se mais intensos.” (DUGUIT, 2006, p. 24) Determinada, assim, a existência da solidariedade social, nítida se torna a constatação de que reside em sua natureza o próprio fundamento do Direito.

Da necessária convivência social e, portanto, da inevitável existência de solidariedade entre seus indivíduos infere-se a seguinte regra de conduta: “não praticar nada que possa atentar contra a solidariedade social sob qualquer das suas formas e, a par com isso, realizar toda a atividade propícia a desenvolvê-la organicamente.” A própria legitimidade da lei positiva estaria atrelada ao desenvolvimento de tal princípio. (DUGUIT, 2006, p. 24) Depreende-se, portanto, que o agir solidário demanda não somente uma abstração, no sentido de não atuar contrariamente à solidariedade social, mas precisamente, uma postura ativa, ou seja, uma atuação positiva, a busca pelo fortalecimento social através da solidariedade.

Cabe, ainda, mais uma observação quanto à contribuição de Léon Duguit para o desenvolvimento do ideário solidarista. Trata-se da perspectiva da solidariedade como um dever.

Se as normas jurídicas possuem validade para todos os homens, a solidariedade (que, conforme visto, é intrínseca a estas) impõe uma conduta

cooperativa, exigindo deveres que se diferenciam para cada sujeito, conforme suas potencialidades. Neste sentido é a explicação de Léon Duguit, ao mencionar que “o homem em sociedade tem direito; mas esses direitos não são prerrogativas pela sua qualidade de homem; são poderes que lhe pertencem porque, sendo homem social, tem **obrigações** a cumprir e precisa ter o poder de cumpri-las.” (sem grifo no original, DUGUIT, 2006, p. 26-27)

Percebe-se, ainda, que a solidariedade é vista por alguns como uma virtude, ligada a uma origem estóica e cristã, em especial ao cristianismo primitivo. A solidariedade difundida na modernidade, através dos ideais assistencialistas levados a cabo através da filantropia, seria inspirada na concepção de fraternidade. É fácil notar a conformidade entre os valores modernos (especialmente visualizados no Código Civil Francês de 1804) e a noção de caridade como símbolo da solidariedade do período liberal, no qual a liberdade individual era a grande tônica. Neste cenário, a solidariedade é bastante restrita, já que, por mais que seja virtuosa, a fraternidade não consegue reproduzir o vínculo necessário a uma sociedade cada vez mais pluralista. (MORAES, 2008, p. 239-241)

Durante a formação da sociedade atual, as atenções se voltavam para a igualdade e para a liberdade entre os indivíduos. Porém, consecutivamente a isto, iluministas e revolucionários voltavam suas atenções para a “coesão” social, muito embora o termo por eles utilizado fosse exageradamente universalista: fraternidade. Conforme explica Zoll (2007, p. 41), “com a liberdade e igualdade estavam apenas geradas as condições para uma nova relação das pessoas entre si; disso os revolucionários franceses, dos quais aqui tratamos principalmente, tinham consciência, sim”; e segue explicando que “oferecia-se-lhes, em função disso, a palavra “fraternidade”, ainda que tendo ela suas origens parcialmente nas ordens de frades e confrarias profissionais, o que na verdade não lhes deve ter correspondido à plena satisfação, sem certas correções.

Mais do que um sentimento⁴¹ de fraternidade, até porque pariam dúvidas quanto à exigibilidade deste, o que deve se sobressair é o respeito mútuo como garantidor da harmonia social. No que tange à caridade ou a beneficência, tais atos são liberalidades que dependem de uma obrigação apenas moral, já a solidariedade

⁴¹ Conforme explica Rainer Zoll: “Muitos analistas da Revolução Francesa são unânimes: a fraternidade é o “parente pobre” entre os três conceitos. O filósofo francês Etienne Vacherot escreve, em 1860, ‘Liberdade e igualdade são princípios, enquanto fraternidade é apenas um sentimento’ (citado conforme Munoz-Dardé, 1998, p. 153)” (ZOLL, 2007, p. 42)

expressa constitucionalmente, revela, por sua vez, um dever jurídico. Quando a lógica assistencialista de caridade/beneficência se tornou impossível, passou a ser um ônus do Estado o provimento do trabalhador (em casos como doença, acidente ou pelo advento da idade), o qual deveria se submeter à previdência social. Bastante diversa foi a lógica abarcada pelas constituições promulgadas no pós Segunda Guerra Mundial, de acordo com a qual, o individualismo cedeu espaço à dignidade da pessoa humana (MORAES, 2008, p.244-245)

Dessa forma, demonstra-se que a solidariedade figura como um dever, e não apenas como uma liberalidade, já que, “ao direito de liberdade da pessoa será contraposto – ou com ele sopesado – o dever de solidariedade social, mas não reputado como um sentimento genérico de fraternidade ou uma ação virtuosa que o indivíduo poderia – ou não – praticar [...]”. (MORAES, 2008, p. 245) Sobre a solidariedade social e sua força normativa no contexto contemporâneo, Maria Celina Bodin de Moraes (2008, p. 258) explica que “[...] a solidariedade, na juridiscizada sociedade contemporânea, deixou de poder considerar-se como resultante de ações erráticas e eventuais, morais, éticas ou caritativas, para se tornar um princípio geral do ordenamento jurídico, com força normativa [...]” Neste mesmo sentido parece ser a reflexão de Émile Durkheim (1983, p. 32) quando menciona que “a vida geral da sociedade não pode se desenvolver num ponto sem que a vida jurídica se estenda ao mesmo tempo e na mesma proporção. Portanto, podemos estar certos de encontrar refletidas no direito todas as variedades essenciais da solidariedade social.”

Percebe-se, que a lógica solidarista se desenvolveu ao longo do tempo relacionando-se ora com acontecimentos históricos (como a guerra e a Declaração Universal dos Direitos Humanos), ora invocada em teorias como as de Émile Durkheim e Léon Duguit (além de tantos outros autores que fizeram suas abordagens neste sentido). Importa, para o momento, que se alcance a percepção de que o ideário solidarista não é uma criação contemporânea (já que até mesmo o cristianismo é uma de suas origens, conforme se viu), mas sim fruto de uma longa e árdua jornada através da história.

Importante lembrar também que além da já conhecida face dos direitos, a face dos deveres⁴² foi explorada no primeiro capítulo deste trabalho, não sem

⁴² Quanto ao pouco destaque atribuído à perspectiva dos deveres, note-se, por exemplo, da simples leitura do texto, que na Constituição Federal brasileira, o termo “dever” é encontrado ao longo do

motivos, como é perceptível. É que visto apenas sob o ângulo dos direitos o ideário solidarista não seria compreendido em sua amplitude. Mas saber que há uma diferença entre fraternidade e solidariedade, e que esta última se traduz em um dever, não é o suficiente para o alcance da concepção aqui pretendida. Ainda outros elementos do “solidarismo” devem ser verificados.

Notável é a importância da solidariedade no mundo contemporâneo. São facilmente cognoscíveis as mazelas que afligem o homem contemporâneo: problemas relacionados à fome, à saúde, ao desemprego, e os mais variados tipos de problemas que a desigualdade social pode gerar. O egoísmo, a exclusão, a intolerância são os protagonistas deste cenário. A solidariedade, por sua vez, se baseia na compreensão de que as formas tradicionais de solidariedade podem coexistir com as novas práticas sociais. (FARIAS, 1998, p. 195) “Esta não é mais o conjunto coerente que os antigos e também o individualismo do pensamento moderno imaginaram.” (FARIAS, 1998, p. 195) A sociedade avança, sem chance de retrocesso, para uma maior heterogeneidade. Desta forma, “o discurso solidarista tenta forjar uma unidade levando em conta essa pluralidade da vida social”. (FARIAS, 1998, p. 195)

Ademais, contemporaneamente, considerando a estrutura global na qual o mundo se projeta, “[...] *la convivencia entre los seres humanos ha alcanzado dimensiones planetarias, articulándose múltiples y heterogéneos ámbitos tanto de jerarquías y subordinaciones, como de horizontalidades y solidaridades.*” (RUBIO, 2010, p. 209) Diferente das sociedades pretéritas, a sociedade atual é complexa e integrada, de maneira que seus componentes possuem a consciência de que o mundo é um lugar único formado por países, povos e culturas, que somente em aparência encontram-se individualizados. (RUBIO, 2010, p. 209) Ou seja, esta é

texto constitucional em torno de 44 vezes. Em grande medida, relacionado não a um “dever fundamental”, mas a atribuições que a própria Constituição relega a este ou aquele agente, como, por exemplo, no artigo 128, § 2º, que menciona que “A destituição do Procurador-Geral da República, por iniciativa do Presidente da República, deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal”, ou a deveres do Estado, como os artigos 217, caput “Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: [...]” ou o artigo 60, XII, § 1º “§ 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão assegurar, no financiamento da educação básica, a melhoria da qualidade de ensino, de forma a garantir padrão mínimo definido nacionalmente.” Em poucos artigos são atribuídos deveres aos particulares, como, por exemplo, no artigo 205, caput “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, [...]” ou no artigo 225, caput que menciona que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, [...] impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”. Já o termo “direito” é observado cerca de 190 vezes ao longo do texto da Constituição.

uma consciência imprescindível a qualquer jurista ou cidadão que se coloque defensor dos Direitos Humanos. Somente vislumbrando a humanidade como um grande todo unitário é que se torna possível perceber que a luta pelos direitos do próximo equivale à luta pelos direitos de todos os seres humanos. Ou como menciona José Luis Bolzan de Moraes (2010, p. 131) “assim, como os direitos humanos dirigem-se a todos, o compromisso com sua concretização caracteriza tarefa de todos, em um comprometimento comum com a dignidade comum.”

Enfim, esta breve revisão histórica teve como intuito demonstrar os motivos que fizeram surgir o ideário solidarista. Mas, mais do que compreender as origens históricas que culminaram no reconhecimento de que o ser humano como ser social deve edificar sua existência em bases solidárias, e de que o Direito, como ciência social que é, não encontra sentido de ser alheio à lógica solidarista, é necessário que se compreenda mediante quais instrumentos a solidariedade se realiza.

3.3 Aplicabilidade e Desdobramentos do Princípio da Solidariedade: Solidariedade e Função Social

“A norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente.”
Konrad Hesse

Conforme visto no primeiro capítulo, entre as características que conformam a Constituição Federal de 1988 está a sua abertura para a heterogeneidade de valores. Desta forma, a concepção solidarista espelha tal abertura, esta receptividade frente ao pluralismo social.

Mas mencionar a construção de uma sociedade solidária como um objetivo fundamental da República⁴³ é apenas um indício de um projeto futuro, a expressão de um ideal sem hora certa para acontecer. É preciso, para que este ideal ganhe vida, que existam instrumentos de concretização prática deste ideal, uma maneira de o transportar do plano da vontade para o plano dos fatos.

A Constituição Federal de 1988 igualou o significado dos direitos individuais e dos direitos sociais, de maneira que vigora uma concepção de que tais direitos

⁴³ Constituição Federal da República Federativa do Brasil, art. 3º, I.

devem ser compostos e não sobrepostos uns aos outros. (CARDOSO, 2013, p. 251-252)

Mas, afinal, o que é solidariedade⁴⁴ hoje? Haveria uma forma única e concreta de realizar o objetivo constitucional ostentado pelo princípio constitucional da solidariedade? Parece que não.

Pérez Luño assinala a complexidade em estabelecer o conceito de solidariedade ao mencionar que este não é pacífico e remete a uma multiplicidade de tradições históricas que, por sua vez, arquitetaram variadas concepções. Assim, há, por exemplo, a “solidariedade dos antigos” (virtude) e uma “solidariedade dos modernos”, solidariedade esta que fundamenta o próprio direito e molda sociedades edificadas cooperativamente. Além disso, “*y se la analiza, desde otros enfoques, como pauta axiológica informadora y orientadora de los status jurídicos subjetivos*”. (LUÑO, 2007, p. 232)

En todo caso, entiendo que el concepto actual de solidaridad integra dos dimensiones mutuamente condicionantes: a) la ético-política, entendida como actitud que tiende a compartir e identificarse con las inquietudes o necesidades ajenas; y b) la jurídica, que supone un compromiso de los poderes públicos por hacer efectiva la igualdad material; puede, en efecto, considerarse [...] como el sustrato de los derechos y deberes entre todos los miembros de la colectividad que dimanen de la igualdad en su dimensión material o sustancial. (LUÑO, 2007, p. 232)

Nos dizeres de Valdir Ferreira de Oliveira Júnior (2009, p. 14), “ser solidário é assumir responsabilidades comuns para com o outro e desse para conosco, num vigiar constante e recíproco entre parceiros da sociedade,” ou seja, “onde cada tarefa cumprida no interesse de servir ao próximo faz parte da edificação democrática e pluralista do Estado Constitucional Solidarista. “

Atinge-se, assim, o Estado Constitucional Solidarista, no qual o próprio fundamento do Estado reside na solidariedade e dignidade humana, compreendido por práticas plurais voltadas para a realização dos direitos fundamentais. (OLIVEIRA

⁴⁴ A título de complementação. A solidariedade social foi abordada como uma forma de capital social no capítulo “Conhecendo as Políticas Públicas: aspectos conformadores e a relação entre a solidariedade e o Capital Social”, de autoria de Aneline dos Santos Ziemann e Monique Pereira, publicado na obra “A Administração pública municipal e os desafios contemporâneos”.

Neste trabalho, mencionou-se que “Neste sentido, a participação (ou solidariedade) social, a confiança e a cooperação, parecem ser frutos do que foi verificado aqui sob o nome de “capital social”. O agir participativo por parte da sociedade parece acrescentar às políticas públicas orientadas, por exemplo, para questões de inclusão social e de diminuição das diferenças sociais, um ingrediente que atua de forma a catalisar e qualificar os resultados obtidos por tais políticas.” Este parece ser um outro viés da solidariedade, praticada espontaneamente. (ZIEMANN, PEREIRA, 2014, p. 174/182)

JÚNIOR, 2009, p. 8) O fundamento do Estado Constitucional Solidarista, conforme Oliveira Júnior (2009, p. 8), “encontra-se também no caminhar constante e eficaz rumo ao cumprimento dos objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária,[...]” e, ainda, na “[...]garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos sem quaisquer formas de discriminação.”

Ser solidário, concluindo, é reconhecer a sua identidade de “parte” dentro de um todo maior que pode ser a família, o bairro, a cidade, e até mesmo a própria humanidade. E, a partir do reconhecimento desta identidade, assumir o seu papel dentro de cada um destes espaços (família, comunidade, sociedade, cidade, país, até a humanidade).

Juridicamente, a solidariedade encontra-se inserida em um princípio contitucional o qual pretende alcançar uma “igual dignidade social”⁴⁵, ou seja, “o princípio constitucional da solidariedade identifica-se, desse modo, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa [...]”. (MORAES, 2008, p.243)

Ora, trata-se de um conjunto de instrumentos, onde a concretização desse princípio pode ser vista de mais de uma forma. Alguns exemplos podem auxiliar na visualização dessa concretização.

A propriedade, vislumbrada pelo prisma da solidariedade, deixa de ser um espaço de atuação absoluta do proprietário, para figurar como direito a ser exercido em conformidade aos interesses extrapatrimoniais e de acordo com a função social exigida constitucionalmente⁴⁶. (MORAES, 2008, p. 248) Neste sentido, a função social condiciona o exercício de um direito individual, na medida em que, de acordo com a lógica solidarista este direito (individual) somente se legitima quando exercido em eufonia com o interesse da sociedade. (CARDOSO, 2013, p. 257) Atualmente, a solidariedade pressupõe a construção de “um ambiente social, no qual os detentores das riquezas se unam para ampliar a possibilidade de oferecer bens a todos os homens. A propriedade tem função social.” (DENNY, 2001, p. 61)

Nesse tocante, “a função social da propriedade representa um elo de conexão entre o indivíduo e toda a sociedade [...] passando o interesse social a receber tutela no âmbito do direito de propriedade, respeitando sempre, quando legítimo, a

⁴⁵ Conforme a expressão utilizada por Maria Celina Bodin de Moraes. (2008, p.243).

⁴⁶ Artigo 5º, inciso XXIII da Constituição Federal de 1988.

dimensão individual do direito.” (CARDOSO, 2013, p. 273) León Duguit (2006, p. 29) já afirmava, quanto à propriedade, que esta “deve ser compreendida como uma contingência, resultante da evolução social; e o direito do proprietário, como justo e concomitantemente limitado pela missão social que se lhe incumbe em virtude da situação particular em que se encontra.” Salvo melhor juízo, a referência de León Duguit a uma “missão social” sera recontextualizada hoje, na forma do instituto da função social.

Mas não é só o institutoda propriedade que sofre as influências do princípio constitucional da solidariedade⁴⁷. O contrato, outrora visto como instrumento de absoluta autonomia da vontade hoje se percebe umbilicalmente ligado à noção de equilíbrio entre as partes e de boa-fé objetiva, sendo defeso, neste tocante a onerosidade excessiva a qualquer das partes. O direito de família, que antes convergia à defesa do matrimônio e do patrimônio da família, hoje direciona suas atenções à realização pessoal dos entes familiares, como exemplifica a noção de igualdade entre os cônjuges e entre os filhos. No campo da responsabilidade civil, as noções de risco-proveito e risco-criado, em abandono à lógica da responsabilidade civil calcada na culpa ou no dolo, é uma das mais marcantes manifestações da lógica solidarista. Os sistemas de seguridade social, baseados justamente na concepção de solidariedade social, são mais um exemplo da perspectiva solidarista. (MORAES, 2008, p. 248-251)

Por parte dos Tribunais, o termo “solidariedade” rapidamente deixou de ser aplicado exclusivamente no sentido de uma obrigação⁴⁸, passando a ser aplicado no sentido de dever de respeito coletivo. À vista disso, a desapropriação de um imóvel localizado no Mato Grosso, fundamentada nos limites impostos ao proprietário pelo instituto da função social, é um exemplo da aplicação do princípio da solidariedade a um caso concreto⁴⁹. Em outro caso⁵⁰, ao entender pela constitucionalidade do

⁴⁷ Percebe-se a existência de diversas teses e dissertações investigando a aplicabilidade do princípio da solidariedade em variadas áreas do Direito, a exemplo de: “O princípio da solidariedade no contexto de um estado socioambiental de direito”, tese de doutorado de Karine Silva Demoliner, orientada por Ingo Wolfgang Sarlet, na PUCRS, no ano de 2011 e disponível no acervo CAPES. Outro exemplo é a tese de doutorado “O princípio constitucional da solidariedade no direito de família”, de Marcial Barreto Casabona, orientada por Rogério Ferraz Donnini, na PUCSP, em 2007, disponível no acervo CAPES.

⁴⁸ As obrigações solidárias estão instituídas no Código Civil, a partir do artigo 264.

⁴⁹ Mais sobre a decisão: Ao examinar o caso, o STF considerou o dever de respeito à integridade do meio-ambiente (art. 225, CF/88) (sic) como um ‘típico direito de terceira geração’, que consagra o princípio da solidariedade e consitui ‘um momento importante no processo de desenvolvimento,

pagamento de indenização (por parte de um consórcio de seguradoras) a vítimas de acidentes causados por veículos não identificados, ou sem a identificação da seguradora, com seguro vencido ou mesmo sem seguro, fundamentando este entendimento no princípio da solidariedade, o Supremo Tribunal Federal revela, mais uma vez, a aplicabilidade prática deste princípio. (MORAES, 2008, p. 253-254)

Cabe aqui um importante alerta. Observe-se que já no juízo de primeiro grau, é possível que se receba uma prestação jurisdicional afinada com as mais recentes concepções do Direito. É o que revela recente decisão proferida pelo Poder Judiciário Gaúcho, mais precisamente na Vara Cível do Foro Regional Tristeza, na comarca de Porto Alegre.

Trata-se de decisão proferida nos autos do processo nº 001/1.09.0072434-3, ação de cobrança que, de forma bastante resumida, versou sobre um pedido de ressarcimento de prejuízos sofridos em razão de uma obra realizada na propriedade vizinha à propriedade que sofreu o prejuízo. O curioso desta ação, é a postura supostamente adotada pelos demandados, pessoa muito conhecidas⁵¹, especialmente, na capital gaúcha em virtude de sua ligação familiar com o afamado jogador de futebol conhecido como “Ronaldinho Gaúcho”. Depreende-se da leitura da sentença que os demandados buscavam a todo o tempo evitar a sua participação na resolução do conflito com o vizinho, esquivando-se, por exemplo, da citação da demanda. Percebe-se da leitura da sentença, a indignação do magistrado com tal situação, quando questiona “até onde irá esta inversão de valores, por conta do Capital, como único e exclusivo mandante dessa sociedade e que norteia os procedimentos da Família Moreira?”

Seguindo na lógica de argumentação contrária ao apego patrimonial excessivo em detrimento dos valores humanos, como uma saudável convivência em sociedade, a decisão hora em comento menciona:

Entendo, como retro referido, que os valores para servirem de alerta e penalidade à Família Moreira devem em patamares maiores, para que

expansão e reconhecimento dos direitos humanos””.Trata-se do julgado: STF, Pleno, MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 30.10.1995, v.u. (MORAES, 2008, p. 253)

⁵⁰ Trata-se da decisão: ADIMC 1003, Rel. Min. Celso de Mello, j. Em 1.8.1994, publ. DJ de 10.9.1999, v.u (MORAES, 2008, p.254)

⁵¹ A decisão foi amplamente noticiada em diversos veículos de comunicação, como por exemplo: o site Terra, disponível em: <<http://esportes.terra.com.br/atletico-mg/familia-de-ronaldinho-e-um-baronato-diz-juiz-de-porto-alegre,92993ac18cafe310VgnVCM5000009ccceb0aRCRD.html>> Acesso em: 15/11/14; e o G1, da globo.com, disponível em: < <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2013/05/familia-de-ronaldinho-e-condenada-pagar-r-500-mil-vizinhos-no-rs.html>>. Acesso em: 15/11/14.

efetivamente possam enxergar mais além da fama e do glamour de seus filhos, bem como para entenderem que devem ser mais zelosos com seu patrimônio, mas **especialmente mais zelosos no trato com as pessoas, fazendo-lhes ressaltar que os valores e princípios de humanidade e solidariedade estão acima do lucro, do dinheiro, do patrimônio, da fama pessoal e do glamour.**(grifo no original, BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Ação de Cobrança nº. 001/1.09.0072434-3, Comarca de Porto Alegre/RS, Vara Cível do Foro Regional Tristeza, julgada por: Alex Gonzalez Custódio, Julgamento: 22/11/2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15/11/14)

Lamenta-se, apenas, que a corajosa decisão acima mencionada não tenha explorado mais profundamente o princípio da solidariedade, mas, não obstante, trata-se de uma importante decisão no sentido do fortalecimento dentro do Poder Judiciário, da cultura da aplicação dos princípios constitucionais nas relações privadas, além do fortalecimento da cultura da despatrimonialização das relações.

No primeiro capítulo da pesquisa aqui documentada foi também assinalado que, na conjuntura atual, chamada de constitucionalismo contemporâneo, a abertura interpretativa das normas constitucionais demanda do Poder Judiciário uma maior atividade criativa.

Percebe-se, portanto, que:

Ao Judiciário atribui-se papel mais (cri)ativo para que sua função se identifique solidariamente com a concretização dos direitos fundamentais e que a jurisdição se afirme como novo elemento de inclusão social, contribuindo diretamente na consecução dos objetivos fundamentais da República.” (OLIVEIRA JÚNIOR, 2009, p. 35)

Menciona-se, também, como exemplos de concretização do princípio da solidariedade, os contratos guiados primordialmente pela boa-fé objetiva, a propriedade e demais institutos privatísticos conectados à realização de uma função social, entre outros exemplos. Acena-se, inclusive, para uma nova teoria dos contratos, chamada de “solidarismo contratual”. (MARQUES, 2005, p. 75)

O que se pode extrair dos exemplos mencionados é que a boa-fé⁵² e a função social são alguns dos instrumentos através dos quais o princípio da solidariedade se realiza, embora possam não ser os únicos⁵³.

⁵² A este respeito trata a dissertação de mestrado de Wagner Inácio Freitas Dias (2006, p. 80) a qual se seugere a leitura, titulada “Além do ‘Eu’ e em busca do ‘Nós’: as interações do princípio da solidariedade e a boa-fé com vista ao exercício inadmissível de direitos”: “A ética do respeito pelo próximo é de alta complexidade, estabelecendo que o feixe de relações não se quebre, não se lacre, é perene e circular; o que se faz hoje, se recebe amanhã. Não basta querer, é preciso agir no melhor sentido possível para que se reconstrua a imagem do “eu” no “outro”. É esta a mola estrutural da boa-fé, que se apresenta como elemento fundante de uma sociedade realmente solidária.”

⁵³ Neste sentido: “Na atualidade, discute-se, de maneira ampla, a função social e a boa-fé objetiva nos contratos. Contudo, cabe esclarecer que a incidência da solidariedade no campo privado não se

Ou seja, o princípio da solidariedade institui a lógica do bem-comum, que é posta em prática através de variados meios dentre os quais, se pode destacar a cooperação, a boa-fé e a função social. Ressalte-se que ao se tratar de “função social” não se quer reduzir a sua aplicação apenas à propriedade, ou seja, não se quer dizer que apenas a propriedade deve atender a uma função social, mas o Direito como um todo possui uma função que é, certamente, social.

Quanto à função social da propriedade, percebe-se que este instituto comporta ao menos dois viéses. É visto por alguns como uma limitação ao direito de propriedade, e por outros é entendido como um instituto promocional. De acordo com a concepção da função social como um instrumento promocional, este instituto não seria apenas uma manifestação externa, mas sim um elemento intrínseco ao direito de propriedade. (LIMA, 2003, p. 250-251) Desta forma “o princípio do solidarismo representa o reconhecimento da função social da propriedade e dos negócios jurídicos, a fim de conciliar as exigências da coletividade com as exigências dos particulares”.(LIMA, 2003, p. 255) Dentro deste entendimento a função social é que representa o reconhecimento do princípio da solidariedade como fundamento maior da busca pela conciliação entre interesses particulares e coletivos. De qualquer forma, importa que se reconheça a identificação existente entre a incidência do instituto da função social (seja no contrato, na propriedade, na empresa, nas relações familiares, etc.) e a implementação do ideal solidarista.

Pertinente que se diga que, se a função social, a boa-fé, a confiança, etc., decorrem do princípio da solidariedade, este, por sua vez, decorre diretamente do princípio da dignidade humana. É o que se conclui da explicação de Eros Belin de Moura Cordeiro (2009, p. 227), ao esclarecer que “decorrência direta do princípio da dignidade humana, o princípio da solidariedade, traduzido em uma conjugação de esforços para a consecução de fins comuns, supera o individualismo característico do sistema oitocentista.” Ou seja, não se exita em manifestar concordância quanto à concepção de que, o princípio da solidariedade decorre da compreensão de que a dignidade da pessoa humana somente será respeitada se o ser humano for entendido como parte de um todo maior, de uma coletividade. E que, a partir disto, é

confunde com os institutos referidos. Na verdade, função social e boa-fé objetiva são instrumentos de concretização do solidarismo.” (PELLEGRINI, 2012, p. 12 -13) E mais adiante: “Nesta perspectiva, a cooperação seria instrumento da solidariedade.” (PELLEGRINI, 2012, p. 112)

necessária a utilização de instrumentos que possam atuar como concretizadores do respeito pelo bem-comum e pela coletividade.

Enfim, “o contrato, a propriedade, a família, a função social, a boa-fé, todos eles passam agora pelo crivo constitucional.” Desta forma, abordar qualquer destes temas sem efetuar a devida “releitura à luz da Constituição”⁵⁴ significa realizar uma leitura aquém da circunspeção jurídica necessária e inerente ao jurista. (FACHIN, 2009, p. 22) Na mesma direção desta lógica solidarista é a concepção de que “[...] o excesso de individualismo que transformou o homem contemporâneo é fruto de uma não recepção das condutas solidárias [...] provocando uma padronização nas ações do indivíduo e uma ausência de trejeitos para com a necessidade de visuar a coletividade.” (REIS; FONTANA, 2010, p. 3328 – 3329) Desta forma, é possível notar que a realização de uma leitura normativa dissonante dos objetivos constitucionalmente prescritos revela a ausência de um cuidado que é indispensável ao operador do direito.

Muito se falou em coletividade. Portanto, há aqui um novo elemento, e uma noção que, por estar intimamente conectada com o ideário solidarista, necessariamente de ver trazida à baila: a noção de bem-comum. Se é na perspectiva de zelo pelos direitos difusos que a solidariedade atua, então não se poderia dizer que agir solidariamente é agir na preservação do bem-comum?

A noção de bem-comum supera o conjunto de benefícios proporcionados aos cidadãos, tais como escolas, estradas, transporte, entre tantos outros. A noção de bem-comum vai além disso, em um sentido mais conectado ao ser humano. O bem-comum é alcançado quando a sociedade pauta suas relações sociais no respeito mútuo e consegue se desenvolver livremente suas aptidões e virtudes naturais. Assim, o bem-comum se fundamenta na alteridade e condiciona o ser humano ao respeito à dignidade física e moral do outro, bem como a reparar eventuais danos que venha a causar, injustamente, a outrem. “O pronome ‘nós’ ou ‘nosso’, ao invés do ‘eu’, indica, com exatidão, a participação de cada pessoa no esforço ou benefício coletivo. (CARDOSO, 2013, p. 208-211) Curiosa é a percepção de que aquilo que hoje se chama de “função social” já foi chamada de “bem-estar social”:

A função social da propriedade, ainda que não tivesse tal denominação à época, surgiu na Constituição de 1946, que previa no art. 147 que “o uso da propriedade será condicionado ao bem – estar social”. Na Constituição

⁵⁴ Conforme as palavras do próprio autor. (FACHIN, 2009, p. 22)

de 1969, por sua vez, a função social torna-se instituto assentado, com a clara denominação dada pelo art. 160, III:

[...]

III- *função social da propriedade.*

(grifo no original, FACHIN, 2009, p. 24-25)

Em síntese, “o bem comum é um chamamento constante à consciência da solidariedade e do direito.” (DENNY, 2001, p. 224) A noção de bem-comum possui uma vinculação, também, com os Direitos Humanos.

A perspectiva de sociabilidade humana e a sua propensão à associação em comunidades políticas tem por objetivo a consecução de determinados benefícios, sendo que tais benefícios, quando buscam a satisfação de necessidades básicas, o desenvolvimento humano e a felicidade, são chamados de “bem-comum”. O ideário de bem-comum esteve sempre presente no jusnaturalismo cristão e foi desenvolvido por pensadores clássicos espanhóis como, por exemplo, Las Casas e Mariana. Em verdade, o bem-comum foi o valor-guia dos jusnaturalistas clássicos espanhóis no campo jurídico-político. A secularização, consolidada pela Modernidade e pertencente às sociedades democráticas, tem profundas dificuldades em internalizar politicamente categorias teológicas. Mas é preciso notar a importância do bem-comum clássico, já que atua como limitador ao poder público, embasa a luta frente à opressão e ilustra a convivência solidária. (LUÑO, 2007, p. 235-236)

Além do que já foi mencionado, considere-se que na época presente é profundamente necessária a compatibilização entre interesses individuais e interesses coletivos, além de que o exercício das liberdades políticas, preferencialmente, deve orientar-se por uma noção de “poderes e contrapoderes”⁵⁵, “[...] y en la que la solidaridad es el valor prioritario para fundamentar las nuevas aspiraciones a la paz, la calidad de vida, o la autodeterminación informática, no puede ser indiferente a las consecuencias que pueden derivarse de la enseñanza de los clásicos.” (LUÑO, 2007, p.236)

Dessa forma, ainda que vinculado a uma origem cristã, e apesar da característica contemporânea de secularização, ou seja, de desligamento de concepções religiosas, a noção de bem-comum parece ganhar força no contexto contemporâneo, já que permite a tão imprescindível harmonização entre interesses individuais e coletivos.

⁵⁵ Conforme expressão utilizada por Perez Luño (2007, p.236).

Finalmente, é necessário atentar para a necessidade de avanço no sentido de uma nova consciência mundial, de maneira que, sem que para isso se deva abdicar das ligações familiares, locais ou nacionais, crie-se a consciência de pertença à família humana. “Isto quer dizer que o bem comum mundial exige uma solidariedade sem fronteiras [...]”. (DENNY, 2001, p. 58) Respeitar os direitos das mais variadas culturas provoca a composição destas mesmas culturas em prol de uma comunidade universal de homens inseridos no “bem comum mundial”⁵⁶. (DENNY, 2001, p. 224)

Por todo o exposto, verifica-se que atuar na seara do Direito, na atualidade, demanda, de forma inafastável, uma concepção de Direito “com olhos no mundo”. A história mostrou ao homem que o desejo de viver (bem) em sociedade não pode ser realizado mediante a adoção de uma postura individualista.

Assim se impõe-se o agir solidário, seja em nível interno ou internacionalmente, pois o respeito pelo bem-comum independe de fronteiras, já que o ser humano carrega consigo, inseparavelmente, fixada dentro de sua essência a própria sociabilidade. De forma que atuar contrariamente ao bem coletivo e social, significa, em última instância, atuar contra si mesmo.

Desta forma, realizados os devidos apontamentos em torno do solidarismo jurídico, torna-se possível iniciar a verificação do Direito de Autor, e da forma como o princípio da solidariedade se faz incidir sobre este ramo do Direito.

⁵⁶ Conforme as palavras do próprio autor. (DENNY, 2001, p. 224)

4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE AUTOR: A FUNÇÃO SOCIAL COMO EFETIVADORA DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NO DIREITO DE AUTOR

*“O homem , à semelhaça de Deus, cria.”
José de Oliveira Ascensão*

No intuito de vislumbrar o Direito de Autor numa ótica mais afinada aos pressupostos jurídicos contemporâneos, foi necessário trilhar um caminho que passou pela constitucionalização do direito privado, pelos Direitos Humanos e pelo princípio da solidariedade.

Primeiramente, buscou-se demonstrar o quão necessário é perceber o ordenamento jurídico brasileiro na forma como este se apresenta contemporaneamente para que, então, fosse possível, adentrar ao estudo do Direito de Autor. De outra forma, estar-se-ia assumindo o risco de transmitir a errônea ideia de que se adota, aqui, a clássica dicotomia Público x Privado, de forma estanque, impermeável, ou de que a Constituição Federal é um documento sem maior aplicabilidade prática. Poder-se-ia, assim, abrir margem para a ideia de que o Direito de Autor não se inunda pelas luzes dos dispositivos constitucionais, e que, assim sendo, vigora alheio aos objetivos mais fundamentais da República, o que, por óbvio, não transmitiria a realidade atual.

Em segundo lugar, não se pode deixar de mencionar também a influência dos Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a sua relevância como disciplina autônoma. O solidarismo jurídico e a percepção de que a pessoa humana é o foco central da normativa privatista, também, necessariamente, deveriam ser abordados em momento anterior ao Direito de Autor. Se o Direito Privado, como um todo, se remodelou no sentido de atribuir maior valia ao ser humano do que ao patrimônio, não seria cabível que tal fenômeno não ocorresse no Direito de Autor.

Para que se torne possível verificar o instituto da função social aplicado ao Direito de Autor no sentido da satisfação do princípio da solidariedade, primeiramente será abordado o Direito de Autor em suas principais características: objeto, previsão legal e atualidades. Neste sentido, não se pode deixar de observar uma questão tão atual quanto relevante: o Direito de Autor na “Sociedade da Informação”. Esta análise pretende demonstrar quais os desafios postos atualmente

ao Direito de Autor. Por fim, frente a todas as particularidades que rondam o Direito de Autor será realizada a análise da forma pela qual o instituto da função social e o princípio da solidariedade fazem-se sentir sobre este ramo do Direito.

4.1 Evolução e Abrangência do Direito de Autor, Aspectos Morais e Patrimoniais: o Direito de Autor no “jardim”

O Direito de Autor é um ramo do Direito que se encontra, atualmente, em franco debate. Isto se dá, em virtude de que a realidade tutelada pelo Direito de Autor modificou-se profundamente nas últimas décadas, de forma a gerar uma grande dúvida quanto à efetividade desta tutela.

Ao mesmo tempo em que o interesse no maior acesso às obras intelectuais é crescente, de outro lado, como seria possível (e justo) negar ao autor a proteção que suas obras necessitam, e que muitas vezes, é o que garante a sua própria subsistência? Há, ainda, que se pensar este Direito e sua expressão em pelo menos dois âmbitos, o público e o privado, conforme se verá.

Primeiramente, é necessário esclarecer que as metáforas “jardim” e “praça” referenciam os espaços privado e público, respectivamente, baseando-se na criação simbólica de Nelson Saldanha, em sua obra “O Jardim e a Praça: Ensaio sobre o Lado Privado e o Lado Público da Vida Social e Histórica”. Desta forma, o que se pretende com a utilização de tais expressões é abordar o Direito de Autor tanto em sua dimensão privada quanto pública, ou seja, nos aspectos de proteção à obra e à própria pessoa do autor e no aspecto da sua finalidade social, como divulgadora e socializadora de cultura, informação e educação.

Nelson Saldanha (1986, p. 11-12) explica que o “jardim” embora externo à casa, é parte desta, está incluído em seu conjunto. “[...] O jardim é fechado, arborizado, pequeno, [...] a ideia de *jardim* nos evoca a imagem de uma parte da casa particular. Diferente desta concepção é a da “praça”. “[...] A ideia de praça nos indica o espaço público, o espaço político, econômico, religioso ou militar”. (grifo no original)

Inicia-se a presente abordagem pela dimensão privada do Direito de Autor, ou seja, seus aspectos relacionados aos interesses patrimoniais e morais de autor, ou o Direito de Autor “no jardim”.

O Direito de Autor está inserido em um conjunto maior, que é o do Direito Intelectual ou da Propriedade Intelectual. O Direito da Propriedade Intelectual reúne disciplinas afins que se dispersam em outras áreas como, por exemplo, o Direito de Autor, que figura junto ao Direito Civil ou o Direito das Marcas e Direito Industrial que se encontra junto ao direito Comercial. Os Direitos de Propriedade Intelectual possuem em comum a imaterialidade e abrangem “[...] o direito do autor, o direito da propriedade industrial (direito do inventor, de marcas, expressões e sinais de propaganda, a concorrência desleal) e o direito antitruste ou repressão a abuso do poder econômico.” (HAMMES, 2002, p.17-18)

A este conjunto de direitos, inseridos na Propriedade Intelectual, acrescentem-se, ainda, “formas sui generis de proteção⁵⁷”, a exemplo das “[...] cultivares, a proteção de dados, o software e a topografia de circuitos integrados, sendo o arcabouço jurídico para criadores de obras intelectuais, regulando o exercício, o uso, aquisição dos direitos e, também, os ditames acerca da utilização por terceiros dos resultados de suas criações.” (FIOREZE; BOFF, 2014, p. 305)

Rapidamente, demonstre-se haver alguma distinção entre as expressões “Direito de Autor” e “Direito Autoral”. O “Direito de Autor” ou “Direito do Autor” engloba o direito do autor propriamente, ou seja, as obras inéditas advindas da criação intelectual humana. O “Direito Autoral”, por sua vez, abrange tanto os Direitos de Autor quanto os conexos a este, que são os direitos dos intérpretes, artistas, atores, entre outros. (ADOLFO, 2008, p. 95)

Possivelmente a expressão “Direito da Propriedade Intelectual” tenha sido oficialmente cunhada durante o nascimento da OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual), em Estocolmo, no ano de 1967. Desde esta data, a OMPI busca a cooperação entre Estados no sentido da promoção da proteção da atividade intelectual e no estímulo a tal atividade. (HAMMES, 2002, p. 19)

Na antigüidade romana, embora houvessem atividades em que se fazia uso indevido (plagiários) das obras autorais, os autores nada podiam fazer em oposição a tais atividades. A partir da invenção da imprensa, por Gutemberg, passaram a ser atribuídos os privilégios exclusivos aos impressores e/ou autores, o que revelava, em verdade, uma proteção industrial. Somente a partir do século XVII o autor

⁵⁷ Conforme expressão utilizada pelos autores. (FIOREZE; BOFF, 2014, p. 305)

passou a ser destinatário de proteção. Com a Revolução Francesa, os privilégios foram extintos e passou a ser instituída uma proteção doutrinária da Propriedade Intelectual. O reconhecimento da propriedade literária e artística se deu com os decretos franceses de 1791 e 1793. “[...] A idéia de um privilégio, cada vez mais, deixou de ser uma benevolência do soberano para substituída pela ideia de uma propriedade a que o autor tem direito e que a lei lhe deve assegurar.” (HAMMES, 2002, p.19-22)

No cenário brasileiro, a evolução histórica do Direito de Autor pode ser descrita da seguinte forma: durante o período colonial, a imprensa era proibida, sendo que, após a independência, D. Pedro II não concedeu proteção autoral diferente dos privilégios. Com o advento da primeira Constituição, apesar de haver proteção aos inventores, os autores não foram mencionados. Já a Constituição de 1891 diferenciava o direito do autor dos privilégios dos inventores. A Lei nº. 496, de 1898, por sua vez, foi o primeiro diploma legal brasileiro a tutelar o Direito de Autor. Posteriormente, o Código Civil passou a regulamentar a matéria ao lado de uma série de leis esparsas que também influenciavam na disciplina do Direito de Autor. Na sequência, a lei nº. 5.988 de 1973, veio a regular os direitos autorais e conexos. E, em 1998, finalmente, entrou em vigor a atual lei de direitos autorais, a lei nº. 9.610. (HAMMES, 2002, p.22-24)

A propósito, aproveitando o ingresso na seara normativa, verifique-se quais diplomas legais tratam do tema aqui sob análise. A Consituição Federal, em seu artigo 5º, XXIX, explicita a proteção que a lei deve conferir aos autores. Destaque-se que o artigo 5º trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, de forma que ao inserir a proteção aos autores neste capítulo, tal direito foi alçado à posição de direito fundamental, o que destaca, mais uma vez (e o próprio texto do artigo o faz) a relevância social do direito de autor. (BRASIL, 1988) A normativa infraconstitucional destinada à tutela dos direitos autorais se corporifica na já apontada Lei nº. 9610 de 1998. (BRASIL, 1998) Além disso, no âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe, em seu artigo 27º, II, que “todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ouartística da qual seja autor.” (ONU, 1948) Mais uma vez, percebe-se o quão relevante é a atividade criativa humana, pois se assim não o fosse, certamente não teria sido objeto da tutela de tão poderosos instrumentos.

Para que seja reconhecida como uma obra a ser tutelada pelo Direito de Autor, esta deve ser uma criação do espírito humano. Uma forma encontrada na natureza ou uma pintura realizada pela ação de um animal⁵⁸, por exemplo, não se encontra sob a tutela do Direito de Autor. (ASCENSÃO, 1992, p. 57)

Se o Direito de Autor protege as criações do espírito, isto não significa dizer que as ideias puras são protegidas. As ideias são trabalhadas até ganharem forma num *corpus mechanicum* e serem, então, exteriorizadas, possibilitando a sua percepção pelos sentidos. (ASCENSÃO, 1992, p. 58-61) A ideia, assim, encarna em algum suporte que lhe dará forma. “Essa maneira de expressão pode ser designada a *forma*, utilizando o sentido jurídico precípua segundo o qual por forma se entende sempre um modo de manifestação”. Se, por um lado, não se pode confundir a ideia com a obra, por outro, também não se pode confundir a obra com o seu suporte material. Desta forma, não se perde a obra musical ao se perderem as partituras. “A obra é pois uma realidade incorpórea; a exteriorização que ela representa ainda pode ser imaterial, bastando que se revele aos sentidos.” (grifo no original, ASCENSÃO, 1992, p. 58-61)

Outra característica marcante do Direito de Autor é que estes não são direitos eternos: possuem uma limitação temporal⁵⁹. No contexto brasileiro, de acordo com a

⁵⁸ A título ilustrativo, e respeitando as diferenças entre o sistema jurídico brasileiro e o norte-americano, cabe mencionar a respeito do curioso caso de uma fotografia feita por um macaco, nos Estados Unidos e que levantou a questão acerca dos direitos autorais da fotografia. No caso em comento, as notícias revelam que o animal fez um “autorretrato” (popularmente conhecido como “selfie”) com a máquina fotográfica pertencente a David Slater. A imagem foi disponibilizada para *download* em um banco de imagens, o que levou o dono da máquina fotográfica a insurgir-se contra a situação por entender que os direitos autorais sobre a imagem pertenceriam a si e que a imagem teria um relevante valor comercial. Ocorre que a legislação norte-americana também não protege criações autorais não humanas. Notícias a respeito podem ser lidas em: <<http://g1.globo.com/planeta-bizarro/noticia/2014/08/disputa-por-selfie-de-macaco-deve-parar-nos-tribunais.html>. > Acesso em: 12/12/2014; e <<http://noticias.terra.com.br/mundo/estados-unidos/nos-eua-selfie-tirada-por-macaco-nao-tem-direitos-autorais,cc7e906f57d18410VgnVCM3000009af154d0RCRD.html>>, acesso em: 12/12/14.

⁵⁹ Sobre os prazos de durações dos direitos patrimoniais de autor seguem os artigos da Lei de Direitos Autorais:

“Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.

Parágrafo único. Aplica-se às obras póstumas o prazo de proteção a que alude o *caput* deste artigo.

Art. 42. Quando a obra literária, artística ou científica realizada em co-autoria for indivisível, o prazo previsto no artigo anterior será contado da morte do último dos co-autores sobreviventes.

Parágrafo único. Acrescer-se-ão aos dos sobreviventes os direitos do co-autor que falecer sem sucessores.

Art. 43. Será de setenta anos o prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre as obras anônimas ou pseudônimas, contado de 1º de janeiro do ano imediatamente posterior ao da primeira publicação.

Parágrafo único. Aplicar-se-á o disposto no art. 41 e seu parágrafo único, sempre que o autor se der a conhecer antes do termo do prazo previsto no *caput* deste artigo.

legislação autoralista vigente, estes direitos perduram ao longo de toda a vida do autor e por mais 70 anos, sendo que este período passa a ser contabilizado a partir do primeiro dia do ano seguinte ao desencarne do autor. Passado este prazo, a obra cai em domínio público. Note-se, desde logo, que o período de proteção ao uso exclusivo do autor é bastante significativo.

Os Direitos Autorais podem ser transferidos total ou parcialmente, a título universal ou singular, sendo que esta transferência pode ser realizada tanto pelo autor quanto por seus sucessores, ou, ainda, por representante investido em tais poderes. Considerando a possibilidade de hipossuficiência dos autores, a lei faz certas observações como a de que, estão excetuados da transmissão total os direitos extrapatrimoniais⁶⁰ (inalienáveis e irrenunciáveis). (ADOLFO, 2008, p. 117)

A normativa brasileira, dedicada a matéria, equiparou Direito de Autor a um bem móvel (BRASIL, 1998), de certa forma, deixando de lado a sua feição intrinsecamente pessoal. Ocorre que o Direito de Autor possui caráter dúplice, de forma que não constitui apenas propriedade, como também não se trata apenas de direito personalíssimo. Mas, como em tantas outras áreas do Direito, quanto a esta questão também existem divergências. Sem que se queira alongar excessivamente o assunto, veja-se do que trata tal divergência.

A natureza jurídica do Direito de Autor pode ser percebida sob uma grande variedade de diretrizes, dentre as quais se pode mencionar ao menos: o Direito de Autor como um “direito de coletividade”, “como um direito real de propriedade”, como uma “emanação do direito de personalidade”, como um direito “especial de propriedade tendo por objeto um valor imaterial”, como direito “*sui generis*”, como um direito “dúplice de caráter real: pessoal-patrimonial, como um direito “pessoal de crédito” e como um direito “privativo de aproveitamento”. (REIS, 2003-a, p. 72-73)

Explica Gonzaga Adolfo (2008, p. 113) que “embora toda polêmica sempre seja válida, e as várias construções teóricas colocadas tenham, indiscutivelmente, suas razões e méritos, parece adequada a teoria de direitos de exclusivo ou de monopólio de Ascensão.” O autor segue seu raciocínio argumentando que “neste

Art. 44. O prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre obras audiovisuais e fotográficas será de setenta anos, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua divulgação.

Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público:

I - as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores;

II - as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais.” (BRASIL, 1998)

⁶⁰ Os quais serão abordados no momento oportuno.

particular, veja-se que a própria Constituição Federal, ao regular o Direito Autoral, o fez no inciso XXVII de seu artigo 5º prescrevendo que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.”

A teoria apontada por Luiz Gonzaga Silva Adolfo é expressada por José de Oliveira Ascensão quando menciona que: “O direito de autor pode assim ser nuclearmente caracterizado como um exclusivo temporário de exploração econômica da obra.” (ASCENSÃO, 1992, p. 686)

Alexandre Libório Dias Pereira (2008, p. 93) contribui na discussão sobre a natureza real, ou não, dos direitos de autor ao explicar que: “a natureza real dos direitos de autor foi refutada pela teoria alternativa dos direitos de exclusivo ou de monopólio (“direitos intelectuais”) protagonizada por Oliveira Ascensão.” Apesar de não negar que os direitos de autor resguardam-se na salvaguarda da propriedade privada, esta teoria coloca que os direitos exclusivos ou de monopólio, em virtude do seu conteúdo, não poderiam ser reduzidos a direitos reais, pessoais ou obrigacionais. Esta teoria se baseia no argumento em torno da “[...] impossibilidade de apropriação exclusiva de obras literárias e artísticas, ou seja, *da natureza das coisas*, tal como entendida por influência da pandectística clássica, que imporia a restrição dos direitos reais às coisas corpóreas.” (grifo no original, PEREIRA, 2008, p. 93)

Embora se trate de um autoralista de origem lusitana, e, assim sendo, referir-se frequentemente em suas obras ao direito originário de seu país (como não poderia deixar de ser), destaque-se que as lições de José de Oliveira Ascensão são extremamente pertinentes e cabíveis ao estudo do Direito de Autor brasileiro.

Luiz Francisco Rebello (2009, p. 348), ao mencionar a expressão “propriedade intelectual” ressalva “[...] utilizamos a designação consagrada pelo uso, embora ela seja inadequada à natureza do direito a que se refere [...]”. Esta ressalva, parece sugerir a contrariedade do autor quanto ao uso do termo “propriedade”.

A própria legislação autoralista brasileira dispõe expressamente que “art. 3º Os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis.” (BRASIL, 1998) Se está aqui a subjugar a Constituição, que menciona o direito exclusivo de utilização? De forma alguma. No caso, não parece haver uma inadequação da normativa infraconstitucional ao texto constitucional. Ademais, a lei autoralista

pátria, alude, ainda, em seu artigo 22º, que “pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou”, o que parece reforçar a ideia que aqui se expressa. (BRASIL, 1998)

Abordando a questão da teoria da propriedade, Pereira (2008, p. 90) explica que “a Constituição brasileira é terminologicamente neutra nesta matéria, estabelecendo apenas que ‘aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação [...]’ .

O Direito de Autor, no cenário legislativo brasileiro, é um direito que traz consigo uma substância econômica-patrimonial em razão desta previsão. Imprescindível, assim, que este direito seja interpretado harmonicamente aos princípios constitucionais, posto que os direitos fundamentais⁶¹ também são orientadores das relações privadas. (REIS; BAGATINI, 2014, p. 165)

Enfim, entre outras teorias, destacam-se ao menos duas em torno da natureza jurídica do Direito Autoral. A teoria monista, entende pela unicidade do cunho deste direito, ou seria um direito patrimonial, ou seria um direito de personalidade. Esta teoria, unitária quanto a um direito de propriedade foi recepcionada por juristas ingleses e alemães, e no sentido de um direito unicamente de personalidade, foi recepcionada pelos franceses. Já a teoria dualista, recepcionada por franceses, italianos, entre outros, incorpora ambas perspectivas do Direito Autoral. (ADOLFO, 2008, p. 111)

Em síntese, o Direito do Autor é constantemente definido de acordo com seu caráter dúplice, ou seja, conjugando o seu aspecto moral e patrimonial. Esta duplicidade, entre outras teorias existentes, fundamenta a teoria dualista, de acordo com a qual, o direito patrimonial e o direito moral de autor se originam da obra intelectual. Por outro lado, a teoria unitária entende que o direito de autor é unitário e indissolúvel, mas com dupla natureza. (REIS; DIAS, 2011, p. 82-83)

Desta forma, respeitados os posicionamentos divergentes, entende-se, aqui, pela teoria dualista, considerando os Direitos de Autor, tanto direitos patrimoniais, quanto direitos morais, em razão de parecer ser este o espírito da normativa

⁶¹ Importa sejam trazidas ao texto as palavras de José de Oliveira Ascensão ao explicar que: “Se o Direito de Autor deixa de compreender ele próprio os limites adequados, a falta é suprida pelo recurso aos outros institutos que com o Direito de Autor convivem, e que limitam estes direitos pela genérica interação dos institutos jurídicos entre si. O Direito de Autor não escapa a esta interação, como não escapa nenhum outro: visioná-lo como uma cidadela autosuficiente é primário. **O Direito de Autor sofre a influência, antes de mais, dos institutos constitucionalmente consagrados.** E desde logo dos direitos fundamentais, cujo papel fomentador de desenvolvimentos normativos é incessante, e tanto tocam esta matéria.” (sem grifo no original, ASCENSÃO, [s.d.], p.5-6)

autoralista brasileira, especialmente descrito em seu artigo 22º, ao mencionar que “pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou.” (BRASIL, 1998)

Ou seja, o Direito de Autor é um direito *sui generis* pois seu conteúdo comporta a convivência de direitos de natureza moral ligados à personalidade do autor e direitos de natureza patrimonial ou de exploração econômica. (PIRES; REIS, 2010, p. 30) Saliente-se que apesar de existirem simultaneamente, os direitos morais de autor se sobrepõem aos direitos patrimoniais. É o que se conclui, por exemplo, do direito moral de arrependimento do autor (art. 24, VI, lei 9.610/98), que possibilita que este, indenizando aos possíveis prejudicados, venha a retirar sua obra de circulação caso venha a sofrer afronta à sua reputação. (REIS, 2003-a, p. 81)

Os direitos morais de autor possuem contornos que os diferenciam e os individualizam com relação aos direitos patrimoniais de autor. Como direito **absoluto**, significa dizer que se trata de um direito oponível *erga omnes*. A sua **essencialidade** liga-os a um catálogo mínimo de direitos que podem ser invocados em virtude da criação de uma obra, e que são fundamentais à condição de autor. A **extrapatrimonialidade** significa que tais direitos não são disponíveis no comércio. A característica de **inalienabilidade** dos direitos morais de autor revela que tais direitos não podem ser transmitidos *inter vivos*. A **irrenunciabilidade** impede que o autor venha a se obrigar a abster-se de qualquer dos seus direitos morais de autor. Estes direitos são, também, **transmissíveis causa mortis**, ou seja, pode vir a ocorrer a sucessão dos direitos indicados no art. 24, I a IV (conforme art. 24, §1º) da Lei de Direitos Autorais. Os direitos morais de autor são, ainda, **inembargáveis**, ou seja, como extrapatrimoniais que são, não podem sofrer execução. São direitos **taxativos**, ou seja, limitam-se àqueles previstos em lei. Por fim, tratam-se de direitos **imprescritíveis** e **inexpropriáveis**, ou seja, não são passíveis de usucapião, prescrição ou de transferência forçada. (sem grifo no original, REIS, 2003-a, p. 89-98)

Os direitos morais de autor, encontram-se enumerados no art. 24 da Lei de Direitos Autorais⁶², dentre os quais estão: o de reivindicar a autoria da obra, o de modificar a obra, o de retirá-la de circulação, entre outros. (REIS, 2003-a, p. 98)

⁶² “Art. 24. São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

Quanto aos direitos patrimoniais do autor, estes também possuem suas características distintas. São direitos **independentes entre si**, ou seja, a autorização de uma determinada forma de utilização não vincula as demais. São também **ilimitados**⁶³, ou seja, diferente dos direitos morais não estão previstos taxativamente em lei. São **exclusivos** no sentido de que cabe ao autor o poder de determinar os usos de sua obra. São direitos que **determinam a limitação de suas validades temporal e espacial** de forma que os autores podem limitar temporal e espacialmente os efeitos de eventual cessão de direitos realizada. Tratam-se de **direitos remunerados**, de maneira que o titular destes direitos será, em regra, remunerado pela sua cessão. São, ainda, direitos **alienáveis**, e, portanto, podem ser transferidos mediante contrato, e, por fim, são **incomunicáveis com o patrimônio do cônjuge**, a menos que seja disposto de forma diversa em pacto antenupcial. (sem grifo no original, REIS, 2003-a, p. 126-133)

Além disso, há, ainda, uma questão econômica relacionada a tais direitos, pois o Direito de Autor impulsiona vários segmentos da economia. (HAMMES, 2002, p. 36) É possível afirmar que alguns setores da indústria, dentre os quais, o editorial, dependem diretamente da eficácia do sistema autoralista vigente. (ASCENSÃO, 1992, p.15)

Apenas a título exemplificativo, na página do Ecad⁶⁴ na internet, é possível verificar alguns dos resultados obtidos na arrecadação de direitos autorais no

II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

III - o de conservar a obra inédita;

IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;

V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;

VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.” (BRASIL, 1998)

⁶³ “Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I - a reprodução parcial ou integral;

II - a edição;

III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações; [...]” (BRASIL, 1998)

⁶⁴ Conforme consta no próprio site: “O **Ecad** (Escritório Central de Arrecadação e Distribuição) é uma instituição privada, sem fins lucrativos, instituída pela lei 5.988/73 e mantida pela Lei Federal 9.610/98 e 12.853/13. Seu principal objetivo é centralizar a arrecadação e distribuição dos direitos autorais de execução pública musical.” Estes dados podem ser acessados em: <<http://www.ecad.org.br/pt/quem-somos/oEcad/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 07/08/2014. A Lei de Direitos Autorais (9.610/98), dispõe a respeito deste escritório em seu artigo 99.

cenário musical. De acordo com as informações disponíveis na página do Ecad, no ano de 2013 foram distribuídos 122.872 compositores, editores, intérpretes, músicos e produtores fonográficos a soma de R\$ 804, 1 milhões⁶⁵, o que pode trazer uma noção do quão significativo é o viés patrimonial dos direitos autorais. (ECAD, 2014)

Nota-se, a partir dos primeiros aportes realizados, que o Direito de Autor cumpre com uma função duplamente significativa: protege, de um lado, o “jardim” no qual são cultivados os direitos do autor, em sua esfera privada, e, de outra banda, busca possibilitar o acesso à “praça” onde os recursos públicos estão disponíveis ao uso de todos.

Percebeu-se, nesta primeira etapa da análise do Direito de Autor, que em seu aspecto privado este direito protege duplamente o criador da obra: tanto em seu aspecto moral, quanto no patrimonial, ou seja, tanto com relação à percepção dos frutos econômicos da obra, quanto com relação aos “frutos” personalíssimos, como, por exemplo, o reconhecimento da paternidade da obra.

Mas além dos aspectos já mencionados a respeito do Direito de Autor, há de se verificar mais pormenorizadamente a questão do Direito de Autor na “praça”, ou seja, o seu aspecto público. Nesta etapa, é inescusável a abordagem de um tema que tem ganhado grande relevo atualmente, a emergência da chamada “Sociedade da Informação”, que remodelou as formas de interação intersubjetivas e trouxe a vários ramos do Direito, dentre eles o Direito Autoral, uma série de hodiernas situações em busca de tutela jurídica. Parece incoerente não abordar os aspectos de tal sociedade em um estudo que persegue observação contemporânea do Direito de Autor e do sistema jurídico pátrio como um todo.

Por tal razão, o tópico seguinte destina-se a verificação da dimensão pública dos Direitos de Autor e dos entornos da “Sociedade da Informação”, abordando a situação na qual a normativa autoralista se encontra frente ao surgimento deste ambiente.

⁶⁵ Estes dados podem ser acessados em: <<http://www.ecad.org.br/pt/quem-somos/resultados/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 07/10/14.

4.2 A Sociedade da Informação, Acesso à Cultura, à Educação e à Informação: Direito de Autor na “praça”

A praça, de acordo com a metáfora aqui adotada, representa o espaço público, aberto, em oposição ao jardim, um espaço fechado, privado, “[...] no jardim a biografia, na praça a história. [...] Corresponderia a praça, como ‘ar aberto’ ao advento da ordem *institucional* (e, portanto não mais pessoal) das coisas.” (grifo no original, SALDANHA, 1986, p. 16-17) É neste contexto de acesso livre ao público, elevado à potência máxima pelo incremento da rede mundial de computadores, que se realiza a análise do Direito de Autor.

Fazendo um primeiro exercício de imaginação, busque-se projetar o mundo sem acesso à internet. Difícil, no mínimo. Parece que, só de imaginar, o mundo passa a girar mais lento, o próprio tempo ganha uma marcha mais arrastada. Tão profundo foi o impacto que a disseminação da internet causou que é difícil até mesmo vislumbrar uma área do Direito (e da vida) que não tenha sofrido tal impacto.

Relacionar-se com os familiares há pouco tempo atrás, trazia de imediato a ideia de almoços dominicais, da reunião de muitos ao redor da mesa, da celebração fisicamente conjunta do tempo disponível. Não se quer dizer, com isso, que tais encontros não mais ocorram. Mas, certamente, hoje dividem espaço com as redes sociais, com as trocas de e-mails, com os “grupos no Whatsapp”⁶⁶. Conversar com os amigos, fazer compras, movimentar processos, trabalhar, estudar, pesquisar, entreter-se, protestar, pagar contas, enfim, é até mesmo difícil lembrar de algo que não seja possível fazer através da utilização dos meios informáticos.

Por óbvio, que o Direito, em sua amplitude, não poderia deixar de se ver sob uma série de novas contingências: se é possível comprar e vender por meio da internet, como se devem tutelar tais contratos? E quanto à ausência de fronteiras físicas entre países, como o Direito se comportaria? Sendo possível trabalhar remotamente, seria plausível conjecturar que o Direito do Trabalho também deva se adequar a tal situação? E quanto aos dados que são dispostos pelos usuários da internet, existe alguma tutela neste sentido? E quanto a exposição, por vezes

⁶⁶ No sentido de enriquecer o texto, registra-se a sugestão de leitura de matéria recentemente divulgada na mídia gaúcha a respeito dos grupos criados no aplicativo de troca de mensagens “Whatsapp”, com o intuito de promover a troca de mensagens entre familiares. “Grupo da família no Whatsapp: forma de reaproximar parentes distantes ou chatice de velhos?” Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/tecnologia/noticia/2014/10/grupo-da-familia-no-whatsapp-forma-de-reaproximar-parentes-distantes-ou-chatice-de-velhos-4616619.html>>. Acesso em: 09/10/2014.

excessiva, da imagem de diversas pessoas, no ambiente virtual, como proceder? E, é claro, não se pode esquecer os crimes praticados mediante a utilização da internet, que, mais uma vez, trazem ao centro do debate a discussão em torno das implicações jurídicas do acesso à internet.

Ao lado disso, o direito de acesso à informação, à educação, à cultura, ao conhecimento, a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa. São, entre outros, direitos frequentemente levantados nos debates em torno da amplitude do acesso à internet.

O Direito, em regra, leva certo tempo para conseguir se adaptar às mudanças sociais que ocorrem em virtude da evolução tecnológica. Por vezes, frente a anseios imediatos desta ordem, o Direito demonstra-se profundamente despreparado. (WACHOWICZ; WINTER, 2007, 2491-2492)

Embora concebida para finalidades militares a Internet se expandiu de maneira desordenada de forma que o Estado, antiquado em sua atividade normalizadora não conseguiu fazer frente a esta rápida expansão. A grande autoridade neste ambiente encontra-se nas mãos dos “[...] revolucionários da tecnologia, que a exerceriam através dos seus códigos próprios, com promessas de conduzir a comunidade «internética» de volta ao comunismo primitivo dos manuais de economia política, senão directamente ao jardim do paraíso.” (PEREIRA, 2008, p. 324) De qualquer forma, saliente-se que permitir em absoluto a auto-regulação difere diametralmente da permissão de uma intervenção do direito em situações nas quais a auto-regulação torna-se inviável ou prejudicial aos princípios fundamentais da ordem jurídica. “Só por si, a auto-regulação não é suficiente para dar respostas adequadas aos diversos problemas do direito ciberespacial.” (PEREIRA, 2008, p. 329) Necessário, portanto, um equilíbrio entre o exercício das liberdades no ambiente informático e a regulação no sentido de que tais liberdades não venham a traduzir-se em desrespeito a direitos e liberdades alheias. Até aí, nada diferente das posturas adotadas no ambiente “extrainformático”.

Sobre este novo contexto, Manuel Castells menciona que “o nosso mundo está em processo de transformação estrutural desde há duas décadas.” E segue esclarecendo que “é um processo multidimensional, mas está associado à emergência de um novo paradigma tecnológico, baseado nas tecnologias de comunicação e informação, que começaram a tomar forma nos anos 60 e que se difundiram de forma desigual por todo o mundo.” (CASTELLS, 2005, p. 17)

Tamanho é a influência dos meios informáticos que, recentemente, o poder da articulação realizada por meio da internet se fez sentir nas ruas de diversos lugares do globo, mediante protestos: “começou nas redes sociais da internet, já que estas são espaços de autonomia, muito além do controle de governos e empresas [...]” (CASTELLS, 2013, p. 07) Estes movimentos se iniciaram “compartilhando dores e esperanças no livre espaço público da internet, conectando-se entre si e concebendo projetos a partir de múltiplas fontes do ser, indivíduos formaram redes, a despeito de suas opiniões pessoais ou filiações organizacionais. Uniram-se.” (CASTELLS, 2013, p. 07-08)

Quem pode dizer que não ouviu falar sobre a “Primavera Árabe” ou sobre os protestos que tomaram conta do Brasil no ano de 2013? Estes são apenas alguns exemplos, facilmente perceptíveis em razão do uso da rede mundial de computadores, e que se prestam, unicamente, a justificar o porquê de se realizar a abordagem de tal conteúdo (vinculando-o, é claro ao Direito de Autor). Simplesmente porque não há como deixar de realizar tal abordagem. Ao menos não sem incorrer, com isso, na perda da oportunidade de realizar uma pesquisa mais estreitamente vinculada à realidade atual.

No intuito de prestar tutela a uma imensa variedade de situações, foi editada no Brasil a Lei nº. 12.965/14, conhecida como “Marco Civil da Internet”. Entre as disposições desta lei encontram-se aquelas relativas à proteção da privacidade do usuário. A liberdade de expressão, e a definição de regras para a retirada de conteúdos do âmbito da internet também constam no referido diploma legal. A neutralidade da rede, também prevista nesta Lei, busca proteger aos usuários da internet das ingerências dos provedores, no sentido de impulsionar as escolhas dos usuários em relação aos conteúdos por eles acessados. (CULTURA DIGITAL, 2014)

Quanto ao Direito de Autor, ao menos dois dispositivos do Marco Civil da Internet são a ele destinados:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

[...]

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

[...]

Art. 31. Até a entrada em vigor da lei específica prevista no § 2º do art. 19, a responsabilidade do provedor de aplicações de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, quando se tratar de infração a direitos de autor ou a direitos conexos, continuará a ser disciplinada pela legislação autoral vigente aplicável na data da entrada em vigor desta Lei. (BRASIL, 2014)

Há, desde logo, uma ressalva que deve ser feita. Optou-se, neste trabalho, pela adoção do termo “Sociedade da Informação”, muito embora esta nomenclatura não seja pacificamente adotada.

Embora no ramo do Direito Autoral, a maior inovação nos últimos tempos tenha sido o surgimento da “Sociedade da Informação”, é preciso destacar que nem todos concordam com tal expressão, preferindo, como no caso de José de Oliveira Ascensão, a expressão “Sociedade da Comunicação”, já que seria a comunicação seu grande impulso, ao passo que a expressão “Sociedade da Informação” seria, isto sim, um *slogan*. (ADOLFO, 2008, p. 225) Manuel Castells, por sua vez, diferencia as percepções de “Sociedade da informação” e “Sociedade Informacional” posicionando-se no sentido de que a segunda expressão seria a mais adequada em virtude de que “indica o atributo de uma forma específica de organização social em que a geração, o processamento e a transmissão da informação tornam-se as fontes vitais de produtividade e poder, devido às novas condições tecnológicas surgidas nesse período histórico.” (WACHOWICZ, 2008, p. 300)

Respeitadas as posições divergentes, optou-se, aqui, pela adoção da locução “Sociedade da Informação” por parecer ser o termo mais difundido e também por entender-se adequado ao sentido que aqui se revela. Isto posto, finaliza-se esta questão, mencionando que a explicação de Roberto Senise Lisboa, espelha com fidelidade a concepção aqui adotada:

“Sociedade da informação”, também denominada de “sociedade do conhecimento”, é expressão utilizada para identificar o período histórico a partir da preponderância da informação sobre os meios de produção e a distribuição dos bens na sociedade que se estabeleceu a partir da vulgarização das programações de dados utiliza dos meios de comunicação existentes e dos dados obtidos sobre uma pessoa e/ou objeto, para a realização de atos e negócios jurídicos.

Não se limita a sociedade da informação, pois, ao computador ou a um direito informático [...], já que estende-se a qualquer meio de comunicação, presencial ou não. Assim, por exemplo: a televisão a cabo, por antena ou via satélite; o *teleshopping*, o *teleshopping* e o *teleworking*; o rádio e o telefone. (LISBOA, [s.d.], p. 10)

No Direito de Autor, “o paradoxo na Sociedade Informacional se estabelece entre a liberdade de informação a todos em favor da disseminação do conhecimento

e da cultura e os direitos exclusivos dos titulares dos direitos autorais.” (WACHOWICZ; WINTER, 2007, p. 2496) Não é difícil perceber na atualidade que as obras tuteladas pelo Direito de Autor são facilmente disponibilizadas e compartilhadas através da internet.

Essa questão gera polêmica já a longa data, notadamente em virtude do fato de abranger tensões entre os interesses coletivos e individuais e “[...] torna-se ainda mais controverso a partir do surgimento e evolução das novas tecnologias, [...] e do conseqüente advento da Sociedade da Informação que tem seu fundamento baseado no conhecimento, na pesquisa, na fácil acessibilidade, compartilhamento e utilização da informação.” (PIRES; REIS, 2010, p. 28)

Portanto, é considerando o renovado contexto no qual se encontra o Direito de Autor que cabe, ainda, conforme proposto no presente subtítulo, verificar de que forma se dá a relação entre o Direito de Autor e os direitos à educação, à cultura e à informação.

O Direito à cultura, não sem motivos, é previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos no mesmo artigo que o Direito de Autor: “Artigo 27. 1. Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios.” (ONU, 1948) Já a Constituição Federal brasileira menciona o direito de acesso à cultura como dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em seu artigo 23, V. No direito português, sempre visitado em razão de sua influência sobre o Direito de Autor brasileiro, tem-se que, “com efeito, os direitos de propriedade intelectual são informados por uma específica intenção de justiça, decorrente do valor comunitário constitucionalmente consagrado na liberdade de criação cultural (art. 42.º), que integra o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.” (PEREIRA, 2008, p. 113)

Importante destacar que o direito à cultura⁶⁷ não pode ser visto como um direito efetivado apenas pelas elites. Os Direitos Culturais são previstos constitucionalmente, sem ressalvas a quem quer que seja. (ADOLFO, 2008, p. 343)

Concebida como categoria sociológica desenvolvida por todas as formas do saber e do fazer, individual e socialmente organizado com o objetivo da satisfação das necessidades humanas materiais e espirituais imediatas e também mediatas, a cultura assume importância significativa nas sociedades contemporâneas, devendo ser conservada, aperfeiçoada e transmitida. (ADOLFO, 2008, p. 344)

⁶⁷ Artigo 23, V da Constituição Federal de 1988.

Por certo que a publicação e a disseminação das obras frutos do intelecto desempenham papel significativo na produção e distribuição de cultura. Ademais, a relevância do Direito de Autor reside na sua importância cultural.

Perceba-se o quão afinada à lógica solidarista, a seguinte explicação de José de Oliveira Ascensão, de acordo com o qual, “consequentemente, a obra literária ou artística pertence ao mundo da cultura. Só se capta através do espírito. Um animal é completamente opaco à obra literária ou artística, só chegando à percepção de manifestações físicas dispersas, como cores, sons ou movimentos.” Desta forma o Direito de Autor equipara-se ao Direito da Cultura, mormente porque tal elemento (cultura) não pode ser ofuscado por questões egocêntricas ou patrimoniais. (ASCENSÃO, 1992, p. 58) Salvo melhor juízo, entender que o Direito de Autor não pode ser absorvido por preocupações egocentristas ou comercialistas, parecer ser o mesmo que entender que este direito tem uma função a mais a cumprir, uma função voltada ao bem-comum, voltada ao bem coletivo.

A obra intelectual não se reduz ao esforço do seu autor, mas é, também, um reflexo das vivências sociais do autor, e, portanto, é reflexo da sua herança cultural. “Em razão disso atualmente o Direito de Autor procura proteger mais a obra intelectual do que o seu autor, ou seja, a sociedade busca proteger a sua cultura.” Além disso, ao proteger a obra (e também o autor) incentiva-se a que este venha a produzir mais obras e, com isto, consequentemente, relegar à sociedade um número maior de obras que expressem a sua riqueza cultural. (REIS, 2003-a, p. 158-159)

Mas, nunca é demais lembrar, o acesso a estas obras deve ser garantido, conforme lembra Reis:

Todavia, como bem adverte Manso, esse mesmo interesse público fundamenta e justifica as limitações que se impõem aos autores no que tange a determinados tipos de uso da sua obra. Isso ocorre a fim de possibilitar que a obra, efetivamente, cumpra seu papel cultural e realize sua função social. (REIS, 2003-a, p. 160)

Dito de outra forma, é o mesmo interesse público de acesso à cultura que, de um lado, protege o autor para que siga em sua atividade criativa e, de outro, limita tais direitos no sentido de permitir o acesso às suas obras. Portanto, percebe-se claramente que é somente o caso concreto que trará elementos capazes de revelar qual das condutas prevalecerá, se a limitação de acesso à obra e proteção do autor ou se a limitação ao autor e permissão de acesso à obra.

O direito à educação, por seu turno, igualmente possui previsão legal. A Declaração Universal dos Direitos Humanos fala em “instrução”, em seu artigo 26, ao mencionar que “todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. [...]”. (ONU, 1948) E, internamente, o artigo 205 da Constituição Federal brasileira institui o direito à educação. (BRASIL, 1998)

Esse direito fundamental, é necessário dizer, relaciona-se de maneira indissociável à dignidade da pessoa humana. O direito à educação pode ser observado ao menos em quatro aspectos fundamentais: trata-se de um direito de todos e de um dever do Estado, da família e da sociedade, relaciona-se com o pleno desenvolvimento humano, com a preparação para a cidadania e com a qualificação para o mercado de trabalho. (ADOLFO, 2012, p. 194-195) Por óbvio que ao longo do processo educacional, inúmeras obras protegidas pelos Direitos Autorais são utilizadas tanto por professores quanto por alunos, como fontes de consulta e material de pesquisa, por exemplo.

A respeito dos cuidados que devem ser tomados pelos profissionais da educação e também para os alunos, para que esta utilização não configure ofensa aos direitos do autor, Gonzaga Adolfo (2012, p. 200) aduz que “no âmbito acadêmico, sugere-se sempre às instituições e aos docentes uma ação preventiva e cuidadosa, utilizando-se sempre as fontes observando-se fielmente o ordenamento positivado entre nós [...]” e, ainda, “[...] especialmente respeitando os denominados direitos morais de autor, o que significa sugerir a indicação de autoria, fonte, local e data de acesso.”

A Lei de Direitos Autorais (art. 46⁶⁸, IV e VI) inclui em seu rol de limitações aos direitos do autor, duas situações relacionadas aos estabelecimentos de ensino:

⁶⁸ No sentido de proporcionar melhor compreensão sobre as limitações previstas na Lei de Direitos Autorais:

“Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I - a reprodução:

a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;

b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;

c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros;

d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários;

“o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou” e a representação teatral bem como a execução musical realizadas com fins didáticos em estabelecimentos de ensino e sem objetivo de lucro. (BRASIL, 1998)

No caso de colisão entre os direitos fundamentais de autor e de educação, da mesma forma, serão as circunstâncias do caso em si que guiarão a decisão a ser tomada. Sugere-se a leitura do próximo tópico, no qual será trazida ao texto uma decisão do Superior Tribunal de Justiça exatamente a respeito desta colisão.

Finalmente, há o direito à informação. Já contextualizado na parte inicial deste tópico, não se faz necessário repetir as razões pelas quais a informação representa um bem de imensurável valor nos dias atuais. Consagrado como um direito fundamental pela Constituição Federal em seu artigo 5º, XIV (BRASIL, 1988), o direito de acesso à informação é, também, um direito humano, como revela o artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948).

Intimamente relacionado ao Direito de Autor, este direito subjetivo é composto por três prerrogativas, que as são de investigar, difundir e receber informação. Há entendimentos, inclusive, no sentido de que contemporaneamente, o Direito de Informação deva estabelecer um novo ramo do direito composto tanto pelo direito à

II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;

III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;

IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou;

V - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização;

VI - a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro;

VII - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa;

VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito.

Art. 48. As obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais.” (BRASIL, 1998)

informação e por uma maior responsabilização dos meios de informação. (ADOLFO, 2008, p. 324)

[...] o estudo sistemático do Direito de Informação, dentro das modernas tendências do Direito, representadas pela crise da dicotomia entre público e privado e pela constitucionalização de vários sub-ramos do Direito, fornece ou acrescenta àqueles interesses envolvidos uma faceta, verdadeiramente uma terceira via, qual seja, a dos interesses difusos, relacionados à satisfação de interesses da comunidade, pertencentes a todos sem possibilidade de exclusão. (ADOLFO, 2008, p. 324)

Destaque-se que a informação que se está a mencionar aqui é a informação pública, ou seja, aquela que se encontra à disposição do público, a exemplo das informações jornalísticas e oficiais. A relação entre Direito de Informação e Direito Autoral se dá na medida em que a reprodução de notícias deve atentar para a não ofensa aos Direitos do Autor. Também há esta ligação na medida em que uma proteção excessiva aos Direitos do Autor pode vir a impedir ou dificultar o exercício do direito de acesso à informação. A opção que parece mais adequada à solução de tais impasses é, certamente, a busca pelo adequado equilíbrio dos interesses em jogo. (ADOLFO, 2008, p. 323-340)

Perceba-se que ao falar em “equilíbrio”, salvo melhor juízo, se está a falar em ponderação, já que este é o mecanismo jurídico que possibilita a adequação entre os interesses públicos considerados sem que para isto se exclua da proteção jurídica o autor, o que também não seria adequado.

Observe-se o que a doutrina portuguesa diz neste tocante. De acordo com o artigo 75 da legislação autoralista portuguesa, o interesse geral é capaz de justificar o uso de obras, mesmo sem a autorização do autor, quando a sua finalidade for a informação, o arquivamento, o ensino, a pesquisa científica ou crítica. “A liberdade destas utilizações encontra a sua justificação em direitos fundamentais da comunicação constitucionalmente garantidos.” Nestes casos a autorização do autor não se faz necessária, porém, não se afasta a necessidade de indicação, por exemplo, do nome do autor, do editor e do título podendo haver, em determinados casos, remuneração equitativa do autor e/ou editor. (PEREIRA, 2008, p. 539) O que se pode perceber é que o surgimento da “Sociedade da Informação” impulsiona fortemente a adoção de uma postura mais flexível ao acesso público à informação, até mesmo em virtude da dificuldade de se encontrarem meios limitadores deste acesso. A este respeito, cabe uma última e rápida abordagem.

Frente ao contexto mencionado, ou seja, considerando a “equação” interesse público no acesso às obras autorais + “Sociedade da Informação”, questiona-se se a legislação vigente adequa-se a esta realidade. Há de se verificar, também, em que medida as práticas cibernéticas transcendem a utilização legalmente prevista.

Realizando uma leitura da letra fria da lei de direitos autorais brasileira, é possível extrair que o adquirente de um CD, por exemplo, não poderia transpôr o conteúdo desta mídia para outra, como o seu *iPod*, por exemplo. Da mesma forma, aquele que faz o *download* de um filme ou música está agindo em desconformidade com a legislação autoralista, visto que esta não permite a cópia integral das obras. Mais uma vez, torna-se nítida desarmonia entre o mencionado dispositivo legal e a realidade contemporânea. (PIRES; REIS, 2010, p. 28) Dito isto, questiona-se: está aqui a se falar daquilo a que comumente se denomina “pirataria”?

Frequentemente o termo “pirataria” é utilizado para mencionar uma série de atitudes, que vão desde a cópia para uso privado até a comercialização de obras tuteladas pelo Direito de Autor quando ausente a necessária autorização para tanto. Não raro vislumbra-se em filmes, livros, entre outros, alertas para a proibição da publicação, cópia, transmissão, etc., das obras ali inseridas. Estes alertas costumam trazer como fundamentação jurídica o artigo 184 do Código Penal Brasileiro⁶⁹, de forma a deturpar o conteúdo da lei, já que esta trata como um ilícito aquela

⁶⁹Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

§ 3º Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 4º O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.“ (BRASIL, 1940)

reprodução, cópia e utilização que objetivar o lucro⁷⁰. Além disto, o § 4º daquele dispositivo legal ressalva os casos previstos como exceções ou limitações na lei de direitos autorais, além da cópia única para uso privado do copista e sem intuito lucrativo. Desta forma, percebe-se que não há que se falar em crime em casos como o exemplo do *download* de filme para utilização não lucrativa e privada. (PIRES; REIS, 2010, p. 32-33) Não poderia ficar mais nítida, a partir dos aportes acima realizados, a desarmonia existente entre a normativa infraconstitucional autoralista e realidade viva das práticas sociais.

Destaque-se que, nos Estados modernos a morada do interesse público é a Constituição, onde residem, também, os valores que animam o interesse público. Desta maneira, “[...] o problema dos direitos de autor no ciberespaço é também um problema de constitucionalização do ciberespaço.” Apesar de não ser expressamente nominado no texto constitucional o ciberespaço não se encontra alheio à normativa constitucional. (PEREIRA, 2008, p. 330)

Para além desta dimensão negativa, a constituição terá também uma dimensão positiva no ciberespaço, ao definir coordenadas básicas da configuração do sistema jurídico, em termos pragmáticos, segundo o projecto social que a anima, constituindo o catálogo de direitos fundamentais a “opção de fundo” dessa ordem normativa. (PEREIRA, 2008, p. 330)

Além disso, cumpre lembrar que a pessoa humana, conforme quer a Constituição, pressupõe o direito de participação cultural. Nunca antes a preservação da liberdade de informação e o direito ao seu acesso foram tão valiosos. É possível dizer que, atualmente, aquele que não possui acesso à informação equipara-se a um exilado. (PEREIRA, 2008, p. 331)

Reafirma-se, assim, o protagonismo da normativa constitucional e o seu papel de guardião dos bens mais caros ao ser humano: todos os conteúdos essenciais à dignidade humana (entre elas a cultura, a informação, a educação) são protegidos pelo arcabouço constitucional.

⁷⁰ No direito da União Europeia, a Diretiva 2004/48 objetiva garantir o direito da propriedade intelectual, em conformidade com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. É o que explica Alexandre L. D. Pereira. E ainda, “entende-se por actos praticados á escala comercial aqueles que têm ‘por finalidade uma vantagem económica ou comercial directa ou indirecta, agindo de boa fé’ (cons. 14, *in fine*). [...] Ou seja, segundo a directiva, os consumidores finais agindo de boa fé não estarão sujeitos a estas medidas, na medida em que os seus actos não tenham por finalidade uma vantagem económica ou comercial directa ou indirecta. No primas da directiva, parece que a protecção da propriedade intelectual ficará satisfeita com a aplicação dessas medidas aos consumidores finai que não actuem de boa fé, embora se deixe aos Estados-membros a possibilidade de aplicação de tais medida em outros actos.” (PEREIRA, 2008, p. 673-674)

Enfim, os breves aportes aqui realizados não tiveram outro intento senão o de abordar a dimensão pública do Direito de Autor, esclarecendo, inclusive, o quão profundamente as práticas sociais (entre elas aquelas que atingem o conteúdo do Direito de Autor) foram modificadas pelo advento da “Sociedade da Informação”.

Percebe-se que a legislação autoralista não se adequa satisfatoriamente às práticas contemporâneas (tampouco parece estar convenientemente acomodada à normativa constitucional). Frente a uma legislação descompassada dos mais fundamentais anseios sociais, como o acesso à informação, à educação e à cultura, onde procurar socorro? A princípio, o instituto da função social, aplicado ao Direito de Autor, parece ser uma alternativa viável. É o que se verificará no último tópico deste capítulo.

4.3 Individualismo *versus* Funcionalismo: jardim *versus* praça - a função social como forma de atenção ao princípio da solidariedade no âmbito do Direito de Autor

Percorrido um caminho nem tão longo quanto poderia ser, mas que, para os fins aqui pretendidos mostra-se suficiente, chega-se, finalmente, ao destino pretendido. Como poderia ser realizada a abordagem do instituto da função social sem que fossem percorridas as razões pelas quais a normativa constitucional incide sobre a normativa privada? E como poderia ser possível a verificação da relevância cultural do Direito de Autor sem que fosse explorado o valor substancial que a informação encerra nos dias atuais? Salvo melhor juízo, tais aportes parecem ter sido essenciais à completude e logicidade do trabalho que aqui se desenvolve.

Em um primeiro momento trabalhou-se com a dimensão privada do Direito de Autor, chamada de “jardim”, de acordo com a metáfora aqui empregada. No segundo momento, foi trabalhada a sua dimensão pública, ou a “praça” do Direito de Autor. Mas, como vem sendo demonstrada desde o primeiro capítulo, a lógica aqui proclamada é a de que os espaços público e privado se interseccionam constantemente. Desta forma, é chegado o momento de refletir a respeito desta concepção, ou seja, do Direito de Autor observado não somente no “jardim”, em sua perspectiva individualista, nem tão somente na “praça”, como se não houvesse qualquer limitação de cariz privatista.

A respeito destas intersecções constantes e inafastáveis das esferas pública e privada Bobbio (2007, p. 152) utilizando-se de analogia, explica que no âmbito privado, o direito é como um árbitro invocado a solucionar conflitos, ou seja, o direito oferece regras de convivência. Já no âmbito publicista, o direito toma a forma de um comandante que tem a incumbência de articular esforços com a finalidade de obter a vitória em batalha, ou seja, são regras colocadas com a finalidade de alcance de um objetivo comum.

Essas duas figuras revelam a razão pela qual há grande dificuldade em se distinguir o direito público e o direito privado, posto que o que ocorre de fato não é a busca pela diferenciação entre duas espécies de um mesmo gênero, mas dois pontos de vista distintos sobre um mesmo objeto. “Tanto é verdade que, para aquele que se coloca do ponto de vista do direito como regra de convivência, é extremamente difícil inserir o direito penal no direito público”, ou, de maneira diversa “[...] assim como se torna impossível, para quem se coloca do ponto de vista do direito como organização, inserir o direito de família no direito privado.” (BOBBIO, 2007, p. 152)

[...]se a Idade Média foi, como se diz, uma época privatista, em que os pactos expressaram lealdades pessoais, o *essor* da burguesia leiga [...] reformulou o sentido dos contratos. A burguesia ampliou as estruturas econômicas e consagrou a noção de ordem pública (embora se diga que ela era individualista); as revoluções burguesas entronizaram a *praça* como lugar de decisões históricas; Kant mencionou a importância de o saber se tornar algo público. (grifo no original, SALDANHA, 1986, p. 24)

Ou seja, conforme Saldanha, já a longa data os interesses públicos e privados acabam por se encontrar. O autor segue sua explicação ingressando nos aspectos do direito, modificados profundamente por esta nova lógica:

Os contratos, que na doutrina jurídica do século XIX aparecem como livre expressão de vontades soberanas, têm, no Direito contemporâneo, sua validade dependente dos ordenamentos jurídicos positivos. O Estado confirma e protege, mas impõe também, as obrigações contratuais, que “valem como lei entre as partes” mas podem ser discutidas e revalidadas nos tribunais em face de normas postas pelo Estado. (D) (SALDANHA, 1986, p. 24)

Constata-se, assim, que as categorias “público” e “privado”, em verdade, podem ser vistas como duas faces de uma mesma moeda, motivo pelo qual, o Direito de Autor não poderia ser observado, senão, através de uma ótica que alcance ambas as searas.

Perceba-se, que o estudo do direito, de maneira geral, e nas últimas cinco décadas, prepondera uma abordagem estruturalista do direito, sob uma abordagem funcionalista. Ou seja, em regra, a teoria geral do direito vem se ocupando mais com a forma como o direito é construído do que com a sua finalidade, ou “serventia”. (BOBBIO, 2007, 53) Não seria o caso de procurar um sentido a mais no direito? Além disso, importa seja destacada a chamada “função promocional do direito”.

O direito promocional demonstra a transição do Estado que, intervindo na economia resguarda determinada atividade produtiva para si, para o Estado que lidera a atividade econômica em busca de determinada finalidade, ou seja, é a transição de um Estado protecionista para um Estado programático. (BOBBIO, 2007, p. 71) O que se quer dizer com isto é que o direito promocional não se reduz a um limitador, mas sim, exerce uma função de guia em busca de objetivos comuns.

Infere-se o quão relevante é a construção de Norberto Bobbio:

Costuma-se dizer que a concepção tradicional do direito como ordenamento coativo funda-se sobre o pressuposto do homem mau, cujas tendências anti-sociais devem, exatamente, ser controladas. Podemos dizer que a consideração do direito como ordenamento diretivo parte do pressuposto do homem inerte, passivo, indiferente, o qual deve ser estimulado, provocado, solicitado. (BOBBIO, 2007, p. 79)

Como menciona Bobbio (2007, p. 79) “creio, portanto, que hoje seja mais correto definir o direito, do ponto de vista funcional, como forma de controle e de *direção social*.” (grifo no original) Esta concepção de direito, parece o perceber como um vetor da sociedade no sentido de incentivar a adoção de ações que sejam de interesse comum. Conceber o homem como um ser neutro, a ser estimulado neste ou naquele sentido parece ser, aliado ao direito como um agente transformador social, a chave para a implementação do ideário solidarista, a ser alcançado, inclusive, através do instituto da função social.

Apesar de já figurar no texto constitucional desde 1946, o instituto da função social somente foi alçado à categoria de direito fundamental a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, passando, inclusive, a atuar como um orientador da ordem econômica (art. 170, II e III da Constituição Federal). Assim, a propriedade ganhou um viés social, deixando de lado a sua substância essencialmente individualista. No Direito de Autor, respeitadas as suas particularidades, não foi diferente. (REIS, 2008, p. 151)

São tuteláveis mediante pretensão à abstenção derivada da titularidade que os instrumentaliza. Esta pode variar dentro das figuras que o sistema jurídico reconhece, implícita ou explicitamente. A propriedade, espécie do gênero titularidade, é uma das formas que se pode encontrar dentro do respectivo universo.

Toda esta regulação alcança diretamente a propriedade intelectual como gênero e à regulação de suas espécies. Toda a propriedade resta vinculada pelo princípio da função social, resultando obrigado o titular no exercício de sua dominialidade, seja o bem material ou não. (ARONNE, 2007, p. 210)

Relevante explicar que a lei de direitos autorais, em seu artigo 46^o, traz a previsão de situações as quais não configuram ofensas ao Direito de Autor, ou seja, a lei prevê, naquele artigo, limitações ao Direito de Autor. Entre outras limitações, encontra-se a reprodução em exemplar único de pequenos trechos desde que para uso privado sem o objetivo de lucro. (BRASIL, 1998) Destaque-se, que a enumeração realizada no artigo 46 da lei de direitos autorais é taxativa,⁷¹ em contraposição à forma mais adequada ao instituto da função social, que seria um rol exemplificativo, ou seja, aberto, de limitações. A normativa autoralista infraconstitucional pátria é considerada das mais restritivas do globo, por exemplo, pelo fato de proibir a cópia integral, o que, com o uso da internet, se tornou algo bastante comum. (PIRES; REIS, 2010, p. 31)

Além disso, tais limitações e exceções não bastam para prestar uma resposta adequada às contendas que contam, de um lado com o autor e o seu direito individual, e, de outro, o interesse público na fruição das obras intelectuais. (CARBONI, 2006, p. 97)

O que ocorre, frequentemente, é que o instituto da função social da propriedade é tomado por sinônimo de limitação, o que não é verdade. De fato, as “limitações dizem respeito ao exercício do direito, ao proprietário, enquanto a função social interfere com a estrutura do direito mesmo, levando em consideração os interesses da coletividade em detrimento do direito individual. “(REIS, 2008, p. 155)

Existe, no tocante ao instituto da função social, uma percepção ligada à ideia de propriedade, que merece vir à tona neste momento. Léon Duguit, ao tratar da ideia de propriedade, menciona que esta “deve ser compreendida como uma contingência, resultante da evolução social; e o direito do proprietário, como justo e concomitantemente limitado pela **missão social** que se lhe incumbe em virtude da situação particular em que se encontra”. (sem grifo no original, DUGUIT, 2006, p. 29)

⁷¹ Inclusive, esta é a crítica que se faz atualmente, que este rol não pode ser interpretado de maneira exhaustiva, conforme se demonstrará, na sequência a decisão trazida ao texto.

Salvo melhor juízo, depreende-se da menção feita à uma limitação da propriedade por uma “missão social” que esta seria uma forma de dizer que a propriedade deve se prestar a alguma finalidade social, e não apenas individual, o que se harmoniza com a concepção contemporânea de função social da propriedade (muito embora, ratifique-se o entendimento de que este instituto não se confunde com as atuais limitações ao direito de propriedade, que são, em verdade, instrumentos da função social.)

Ao passo que em outros institutos do Direito Privado, já se adotava a ideia de que os fins sociais deveriam prevalecer frente aos interesses individuais, no Direito de Autor mantinha-se a concepção de que a sua função social dava-se na medida de uma maior proteção aos interesses do autor, posto que desta forma se estaria incentivando a criação intelectual. Tal concepção ganhou força na medida em que a Constituição Federal (art. 5º, XXVII e XXVIII) garante ao autor (e aos seus herdeiros) a exclusividade na utilização de suas obras pelo prazo previsto em lei. Este lapso temporal, passou de cinquenta anos contados apartir da publicação da obra para setenta anos contados apartir da morte do autor. Ou seja, este período de tempo é, atualmente, tão substancial que até mesmo a terceira geração de descendentes do autor poderá se beneficiar desta utilização exclusiva, em contraposição a um maior acesso coletivo a tais obras. De outra banda, se a Constituição prevê este direito aos autores (e seus herdeiros), prevê, também, em seu artigo 215º, a plenitude do exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes de cultura. Ou seja, há aqui, uma colisão de direitos, demandando a já explorada⁷² ponderação, a ser realizada de acordo com as circunstâncias do caso concreto. (REIS, 2008, p. 157-158)

A título de exemplificação e com o intuito de deixar de lado por alguns momentos o plano teórico e adentrar ao campo da prática, traga-se um caso prático no qual foi realizada a ponderação de direitos envolvendo a seara do Direito de Autor. Esta decisão aborda a colisão entre os direitos de autor e o direito fundamental à educação, previamente analisado, entre outros direitos colidentes.

Trata-se de Recurso Especial apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça⁷³ em março de 2011 e que discutia sobre a possibilidade de cobrança, por parte do

⁷² Ver primeiro capítulo.

⁷³ RECURSO ESPECIAL. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARCADIAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO- ECAD. EXECUÇÕES MUSICAIS E SONORIZAÇÕES AMBIENTAIS. EVENTO REALIZADO EM ESCOLA, SEM FINS LUCRATIVOS, COM ENTRADA GRATUITA E FINALIDADE EXCLUSIVAMENTE RELIGIOSA.

ECAD por conta da sonorização de um evento ocorrido em uma escola, sem fins lucrativos e com finalidade absolutamente religiosa.

Veja-se que neste caso ocorre a colisão entre os direitos do autor de um lado e os direitos à cultura, à educação e à religião, no mínimo. No caso em tela, a decisão expressou o entendimento pela interpretação sistemática da Lei 9.610/98 de forma a assegurar a tutela dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais colidentes. Destaque-se que a decisão em comento explicita, ainda, que as limitações trazidas pela lei, devem ser interpretadas e aplicadas em harmonia com os direitos fundamentais. Avista-se, portanto, que mesmo de maneira sucinta, este acórdão reconstrói argumentativamente a ideia da constitucionalização do direito privado, ou seja, da aplicação do direito privado em harmonia com as disposições constitucionais.

Note-se o quão feliz é o exemplo trazido ao texto. Criticou-se, anteriormente, a taxatividade das limitações previstas pela Lei de Direitos Autorais, que encerrando em poucas hipóteses as possibilidades de uso que não ensejam ofensa aos Direitos de Autor, limita o eficaz exercício de sua função social. Pois a decisão em comento, entende justamente pela abertura deste rol, como uma forma de proteção aos direitos fundamentais.

Ora, se as limitações de que tratam os arts. 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98 representam a valorização, pelo legislador ordinário, de direitos e garantias fundamentais frente ao direito à propriedade autoral, também um direito fundamental (art. 5º, XXVII, da CF), constituindo elas - as limitações dos arts. 46, 47 e 48 - o resultado da ponderação destes valores em determinadas situações, não se pode considerá-las a totalidade das limitações existentes.

I -Controvérsia em torno da possibilidade de cobrança de direitos autorais de entidade religiosa pela realização de execuções musicais e sonorizações ambientais em escola, abrindo Ano Vocacional, evento religioso, sem fins lucrativos e com entrada gratuita.

I -Necessidade de interpretação sistemática e teleológica do enunciado normativo do art. 46 da Lei n. 9610/98 à luz das limitações estabelecidas pela própria lei especial, assegurando a tutela de direitos fundamentais e princípios constitucionais em colisão com os direitos do autor, como a intimidade, a vida privada, a cultura, a educação e a religião.

I -O âmbito efetivo de proteção do direito à propriedade autoral (art. 5º, XVI, da CF) surge somente após a consideração das restrições e limitações a ela opostas, devendo ser consideradas, como tais, as resultantes do rol exemplificativo extraído dos enunciados dos artigos 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98, interpretados e aplicados de acordo com os direitos fundamentais.

I -Utilização, com critério para a identificação das restrições e limitações, da regra do teste dos três passos ('three step test'), disciplinada pela Convenção de Berna e pelo Acordo OMC/TRIPS.

IV- Reconhecimento, no caso dos autos, nos termos das convenções internacionais, que a limitação da incidência dos direitos autorais "não conflita com a utilização comercial normal de obra" e "não prejudica injustificadamente os interesses do autor".

V - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. (STJ. Superior Tribunal de Justiça. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RE 964.04-ES, Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em: 15/03/2011, DJe 23/05/2011.)

[...]

Saliento que a adoção de entedimento em sentido contrário conduziria, verificada a omissão do legislador infraconstitucional, à violação de direito ou garantia fundamental que, em determinada hipótese concreta, devesse preponderar sobre o direito de autor.

[...]

Valores com a cultura, a ciência, a intimidade, a privacidade, a família, o desenvolvimento nacional, a liberdade de imprensa, de religião e de culto devem ser considerados quando da conformação do direito à propriedade autoral.

(STJ. Superior Tribunal de Justiça. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RE 964.04–ES, Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em: 15/03/2011, DJe 23/05/2011.)

Perceba-se que no voto acima transcrito é percorrido todo o caminho traçado neste texto para construir a ideia da função social do Direito de Autor: incidência dos direitos fundamentais sobre a normativa privada, ponderação de valores como forma de compatibilização de direitos fundamentais colidentes, o direito de autor como um direito de propriedade que, como tal, deve ser exercido em conformidade com os demais direitos fundamentais, notadamente os direitos à cultura, à ciência, ao desenvolvimento, entre outros.

O Direito de Autor reúne em si, uma série de funções.

Esse direito teria uma função de incentivo à criação intelectual, e de conseqüente aumento do patrimônio cultural. “Este estímulo ocorre por meio da concessão ao autor de um privilégio para explorar economicamente, e de forma exclusiva, os frutos de sua atividade criativa.” Destaque-se que, não basta apenas que se incentive às criações, mas também é necessário que seja possibilitado o posterior acesso a tais obras por parte da sociedade. Já a função econômica do Direito de Autor reside no fato de a criação intelectual impulsionar importantes setores da economia (conforme fora rapidamente mencionado no tópico anterior). (PIRES; BOFF, 2011, p. 100-101)

Há ainda, uma função política atribuída ao Direito de Autor, qual seja, a de agir como um instrumento da política cultural nacional atuando no incentivo, na disseminação e no acesso cultural. (PIRES; BOFF, 2011, p. 30-31)

Mas, afinal, o que se pode dizer ser a função social do Direito de Autor? Trata-se, certamente, de uma questão altamente complexa, considerando o emaranhado de questões que devem ser consideradas: interesses do autor, incentivo à criação, subsistência, questões econômicas, interesses sociais, previsões legais, eficácia normativa, etc.

Guilherme Carboni responde a tal questionamento de forma clara e objetiva, defendendo que a função social do Direito de Autor estaria atrelada ao fomento do desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico através da atribuição da exclusividade temporária para a exploração da obra, após a qual, a obra passa a estar em domínio público. (CARBONI, 2006, p. 97) Embora a primeira vista, possa parecer uma equação simples, promover o desenvolvimento econômico + cultural + tecnológico = função social, por certo que frente a questões concretas, esta equação ganha contornos bastante complexos.

Assim, podemos dizer que a regulamentação da função social do direito do autor tem como base uma forma de interpretação que permite aplicar ao direito de autor restrições relativas à extensão da proteção autoral (“restrições intrínsecas”) [...] além de restrições quanto ao seu exercício (“restrições extrínsecas”) – como a função social da propriedade e dos contratos, a teoria do abuso de direito e das regras sobre desapropriação para divulgação ou reedição de obras intelectuais protegidas – visando a correção de distorções, excessos e abusos praticados por particulares no gozo desse direito, para que o mesmo possa cumprir a sua função social de promover o desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico. (CARBONI, 2006, p. 98)

Aqui, parece haver elementos suficientes para que se vislumbre a função social desempenhada pelo Direito de Autor no âmbito da “Sociedade da Informação⁷⁴” e do “Constitucionalismo Contemporâneo”. Parece que esta função social é atingida, a partir do momento em que este ramo do direito é interpretado em seu contexto constitucional e principiológico, ou seja, com olhos na dignidade da pessoa humana e na perspectiva do alcance ao bem-comum. Além disto, deve-se interpretar o Direito de Autor com vistas a alcançar a sua máxima efetividade social, mesmo que a legislação infraconstitucional não o faça. Há, ainda, que se considerar as práticas sociais irrefreáveis, como o compartilhamento virtual de obras intelectuais, percebendo que tais práticas possuem uma importância social na medida em que atuam como veículos de disseminação cultural. Finalmente, questões como a necessidade financeira do autor, certamente devem ser pesadas neste conjunto, de forma que somente as circunstâncias fáticas e concretas é que reunirão elementos suficientes para dimensionar a real “função social do Direito de Autor”.

⁷⁴ Guilherme Carboni explica que: “As transformações sociais advindas das novas tecnologias levaram a uma mudança de função do direito de autor: de mecanismo de estímulo à produção intelectual, ele passou a representar uma poderosa ferramenta da indústria dos bens intelectuais para a apropriação da informação enquanto mercadoria, ocasionando uma redução da esfera da liberdade de expressão e se transformando em um obstáculo a formas mais dinâmicas de criação e circulação de obras intelectuais.” (CARBONI, [s.d.], p. 01)

Trata-se, indubitavelmente, de um exercício de ponderação⁷⁵ que como tal não pressupõe uma resposta única ou pré-concebida. Neste tocante, faça-se uma rápida referência ao *fair use*⁷⁶, princípio utilizado no direito norte-americano e cuja abordagem pode, em alguma medida, enriquecer o debate.

No Direito norte-americano⁷⁷ há uma cláusula geral que permite uma maior flexibilização aos tribunais, quando da aplicação da legislação autoralista daquele país. Esta cláusula é aplicável nos casos de infração aos direitos atribuídos ao autor. A esfera de aplicabilidade e os critérios de aplicação do *fair use* foram moldados jurisprudencialmente, sendo codificados no ano de 1976 na atual seção 107 do *Copyright Act*⁷⁸. Entre os fatores a serem considerados, não se excluindo outros, estão: o caráter do uso sob análise, a natureza da obra, a extensão da utilização e o efeito da utilização realizada sobre o mercado atual ou potencial. Este princípio é alvo de inúmeras críticas em razão de que a ponderação realizada atribui às deliberações um caráter bastante imprevisível. (TRABUCO, 2006, p. 496-498)

Apesar de algumas especificações positivas constantes da legislação autoral, e, bem, assim, da consagração de *guidelines* relativas às utilizações relacionadas sobretudo com a educação, a flexibilidade do *fair use* pode apresentar algumas desvantagens do ponto de vista da segurança jurídica. (TRABUCO, 2006, p. 499)

Quanto à questão da perda de segurança jurídica frente à utilização do mecanismo da ponderação, embora já se tenha tratado no primeiro capítulo, reforça-se aqui a posição de que se trata do “preço” pago atualmente pela busca da justiça. O apego excessivo à segurança jurídica (e aqui deixa-se o questionamento sobre se a segurança jurídica, de fato, existe) pode ser tão ou mais prejudicial que a abertura interpretativa das normas. A possibilidade de ser feita justiça ao caso concreto, respeitados os posicionamentos divergentes, parece justificar uma margem reduzida de segurança jurídica.

⁷⁵ Ver primeiro capítulo.

⁷⁶ Tradução livre: uso justo.

⁷⁷ Ao se abordar rapidamente o princípio do *fair use* não se quer defender a sua aplicabilidade direta no sistema jurídico brasileiro, pois sabe-se das diferenças substanciais existentes entre o ordenamento jurídico brasileiro e o ordenamento jurídico norte-americano. Tampouco se quer dizer que o sistema norte-americano seja melhor sucedido que o brasileiro, pois seria necessário um estudo comparativo para que fosse possível alcançar este entendimento. Apenas se trouxe o *fair use* ao texto, por se tratar de um mecanismo relacionado à abordagem aqui realizada e que, por isso, merece ser trazido ao texto.

⁷⁸ “Esta disposição não define o *fair use*, limitando-se a listar os factores que devem ser tidos em conta com vista a determinar se uma certa utilização de uma obra num determinado caso particular pode ou não ser considerada justa.” (TRABUCO, 2006, p. 497)

Este princípio norte-americano embora não possa ser simplesmente transplantado para o sistema jurídico brasileiro, parece ofertar uma interessante ideia a ser cogitada, talvez quando da atualização legislativa da atual normativa autoralista. O que parece ser possível para o momento, e que mais se compatibiliza com a ideia do *fair use*, seria a aplicação do instituto da função social ao Direito de Autor.

Quanto ao princípio da solidariedade e a sua relação com o instituto da função social, embora já tenha sido objeto de apreciação no segundo capítulo deste trabalho, não é demais mencionar a respeito da “função social solidária”, assim chamada por Alenilton da Silva Cardoso (2013, p. 191), segundo o qual “[...] a função subjacente à solidariedade é promover a dignidade da pessoa humana como a própria razão de ser do Direito [...]” isto porque, segue explicando o autor “[...] uma ciência que não se presta para prover a sociedade de tudo quanto é necessário para permitir o desenvolvimento integral do homem [...] não se pode dizer Ciência do Direito.” Ou seja, a função social solidária seria, salvo melhor juízo, a utilização de mecanismos em busca da proteção do “bem-comum humano” ou coletivo, dentre os quais afigura o instituto da função social.

Assim, cumpre não esquecer, que o instituto da função social atua como um “braço” do princípio da solidariedade⁷⁹, de maneira que a aplicação daquele instituto parece ser indissociável da atenção à este princípio.

⁷⁹ Conforme defendido no segundo capítulo.

5 CONCLUSÃO

É chegado o fatídico momento das respostas. Quando se tem tanto a dizer, torna-se, talvez paradoxalmente, difícil escolher por onde começar. Mas, cedendo à facilidade da lógica, comece-se pelo começo.

A primeira conclusão aqui expressa, diz respeito à análise realizada no capítulo inaugural, no qual foram trabalhados os contornos do ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo. Foi possível notar, das diversas leituras realizadas, que enquanto alguns comemoram a ascensão dos princípios, a imperatividade das normas constitucionais e toda a abertura interpretativa/argumentativa que reinam nesta seara, outros, demonstram uma certa apatia, um receio profundo, por vezes até mesmo uma certa fobia: mas onde foi parar a segurança jurídica?

Somente este primeiro aporte poderia tranquilamente ser objeto de um trabalho completo. Desta forma, optou-se aqui, por não adentrar em tal debate, mesmo sabendo-se da sua existência. O que se pode expressar a respeito, apenas, é que ao se mencionar “segurança jurídica”, necessariamente, se deve ter muito claro o que é que se busca: trata-se de uma segurança ilusória que deseja o estrito cumprimento da norma escrita, garantindo, assim a previsibilidade da demanda ou se quer, com esta expressão, mencionar a segurança de saber que as contendas judiciais serão decididas da maneira mais justa possível, considerando a ordem de princípios que informa e indica o sentido de todas as leis? Firma-se aqui o entendimento pela segunda alternativa, por mais que isto signifique alguma imprevisibilidade. Entre, talvez, alguma imprevisibilidade e muita justiça ou muita previsibilidade mas, talvez, pouca justiça parece mais valer a primeira opção.

Desde logo, a postura adotada foi a de que, se é que, diante de tal contexto, há alguma relativização da segurança jurídica, então há. Concordar ou não concordar, apreciar ou não apreciar, não muda o fato de que, contemporaneamente, o mundo do direito gira assim. E não havendo espaço (nem mesmo este objetivo) não se adentrou aqui, nesta discussão. O grande intuito dos primeiros aportes foi demonstrar a (óbvia! óbvia?) unicidade do ordenamento jurídico. Pois somente o percebendo como um corpo único seria possível realizar as pretendidas “intersecções”. Caso contrário, em sendo o Direito Público refratário ao Direito Privado, e vice-versa, toda a lógica aqui defendida cairia por terra. Fim do trabalho.

Aliás, existe uma importante ressalva a ser feita. A tônica expressa ao longo de todo o trabalho não foi outra que não a assunção dos riscos: em muitos momentos, seria possível realizar a abordagem de teorias, de concepções e posicionamentos, sem necessariamente escolher um lado. Poderia se ter preferido filiar-se a esta ou àquela corrente somente em últimos casos. Mas, adota-se aqui o entendimento (isto é como um vício...) de que, por mais que sempre exista a possibilidade de arrependimento, de mudança de posição (e esta é a beleza da ciência) é necessário que, quando se quer dizer algo, efetivamente, se diga. E é somente por tal razão que, certo ou errado, algo foi dito. Trata-se de uma opção: as pedradas virão ou pelo que foi dito, ou, se fosse o caso, por ter conseguido ao longo de mais de cem páginas não dizer nada. Que venham pelo primeiro motivo.

Mais uma conclusão possível: sendo o ordenamento jurídico uno, e estando a Constituição Federal a lhe informar, questiona-se, de que forma se dará a incidência da normativa constitucional sobre a normativa infraconstitucional? Depende. Esta é a conclusão. Os direitos fundamentais incidem diretamente *prima facie*, nas relações privadas, ou seja, são as características do caso concreto, e somente elas, que darão a tônica desta incidência.

É que as circunstâncias concretas são determinantes, pois a ponderação não pode deixar de observá-las. Quanta repulsa a ideia da ponderação causa em alguns pensadores. E não se quer dizer aqui, que as construções contrárias à ponderação, não sejam válidas, pois isto seria tão ingênuo quanto arrogante. Certamente são construções muito ricas e que muito têm a contribuir com a ciência do Direito. Apesar disto, certo pensamento foi sempre recorrente quando do estudo da ponderação: a ponderação (ladeada pela argumentação jurídica) traduz a própria essência incerta do Direito. Negar a racionalidade de tal instrumento seria o mesmo que negar a racionalidade do próprio Direito, visto que é da sua própria essência a construção e reconstrução, a significação e ressignificação constante, a cada novo dia, a cada nova ação, a cada nova ponderação.

Ainda sobre o capítulo inaugural, não se pode obliterar do alerta lançado: nem só de direitos vive o homem. Aliás, de que vale um direito ao qual não se pode exigir cumprimento? A perspectiva dos deveres parece não somente atribuir exigibilidade ao Direito, como também parece contribuir para a criação de elo de coesão social. A partir do momento em são contrabalançados os direitos face aos deveres individuais e coletivos, nasce a noção de responsabilidade de cada um para com os outros.

Quanto à abordagem realizada ao longo do segundo capítulo destaca-se que a cada nova leitura, a cada nova reflexão, ganha força e profundidade a compreensão de que os Direitos Humanos não se resumem a uma construção advinda de um processo histórico doloroso, mas sim, são uma construção atual, presente e que o futuro a eles pertence. É da mais recente atualidade a consciência de que a educação para os Direitos Humanos é uma contingência à qual todas as áreas do conhecimento devem se adequar. E, talvez, a razão seja a de que assim como a Sociedade da Informação não encontra fronteiras, o Direito esteja buscando livrar-se das suas: demorou, mas a humanidade compreendeu (a obviedade !) de que é uma só.

Um só corpo necessita do ânimo de um só espírito, portanto, se a humanidade é um corpo uno, o seu “espírito” normativo, talvez também deva ser um só. Mas, é claro, trata-se mais de um desejo do que de uma realidade, certamente que a “história” dos Direitos Humanos encontra-se em seu momento inicial. O que não mitiga a importância desta percepção. Conclui-se que não há que se falar em Direito brasileiro, português, latino-americano, ou seja lá de que terras for originário sem que se faça a devida aproximação com os Direitos Humanos.

A história mostra que o preço a ser pago pelo esquecimento ou subjugação da indissociabilidade do ser humano para com o seu próximo é alto. Em verdade, é impagável. Defender a liberdade? Sim. Buscar a tão sonhada igualdade (material)? Perfeito. Mas relegar ao esquecimento o sustentáculo fraterno é o mesmo que negar a essência humana. Deixando de lado um certo romantismo, foi possível perceber que o princípio da solidariedade atribui contornos práticos ao ideário da fraternidade, originário da Revolução Francesa.

Não se conclui pela possibilidade de exigência de um sentimento, ou de um valor ao qual se denomina “solidariedade”. Antes, é na perspectiva de um dever de atuação que o princípio da solidariedade ganha eficácia: deve-se agir solidariamente, mesmo que este não seja, intimamente, o desejo do agente. Ou seja, o princípio da solidariedade (expresso através de seus instrumentos, como a atenção à função social) efetiva-se através de atitudes que considerem os interesses da coletividade e o seu bem-comum. Não se trata de expressar um sentimento de irmandade, de bondade, ou algo desta ordem. Antes, trata-se de uma postura, que como tal pode ser exigida juridicamente, diferente de um sentimento ou de um valor, os quais, atualmente, não podem ser providos juridicamente.

Assim é que não há que se questionar se uma obra literária pode ou não cumprir com a sua função social. Ela deve. Deve porque o ordenamento jurídico brasileiro é (e se não é, deve passar ser) promocional. Ou a palavra “objetivo” ganhou, recentemente, um significado diverso do primitivo, e deixou de instituir propósitos? Crendo que a palavra “objetivo” siga carregando em si o mesmo significado que sempre carregou, não há como entender de maneira diversa daquela que compreende que um “objetivo fundamental” de uma República expressa, sim, um programa, um projeto, ou seja, busca “promover” algo. E este, “algo”, no caso em tela, é o princípio da solidariedade. É a busca de uma sociedade livre e justa, inclusive.

Quanto ao Direito de Autor, é possível compreender a nobreza da tarefa desempenhada por este ramo do Direito. Da mesma forma, é perceptível a complexidade incorporada em tal disciplina. Amparar bens imateriais, criações originárias no próprio espírito humano não poderia se traduzir em uma incumbência qualquer. O Direito de Autor, não sem motivos, é um Direito Humano, (e, já que internalizado constitucionalmente, fundamental), é, inclusive, em virtude de se tratar de um poderoso mecanismo de desenvolvimento humano que o Direito de Autor é amparado sob forte tutela jurídica.

Assim como são direitos tão fundamentais quanto, os direitos à educação, à informação e à cultura. Aliás, negar a sua própria obra como fonte de cultura, impedindo o seu acesso, seria no mínimo um enorme contra-senso já que a criação intelectual “alimenta-se” de cultura (e a espelha), nada mais óbvio do que trabalhar na sua preservação, “retroalimentando-a”. A fundamentalidade da educação não necessita de defesa, atributo tão intrinsecamente conectado à dignidade humana e ao desenvolvimento humano que é. Não só o Direito de Autor, mas o Direito como um todo deve tributo à educação sem a qual não haveria nem razão de ser nem meios para a própria leitura que se faz neste exato momento.

O direito de acesso à informação, da mesma forma, revela-se contemporaneamente em um direito tão fundamental quanto o de existir. Já dizia o desenrolar do texto, quem não tem informação, atualmente, pode considerar-se “exilado”. Exilado informacional, social, educacional, e de todas as demais áreas da vida, inundadas pela enxurda de informações recebidas diuturnamente. Nenhum destes direitos pode ser limitado pelo Direito de Autor, sob pena de se estar

contrariando a própria dignidade da pessoa humana, já que se tratam, também, de atributos à ela indissociáveis.

Como propriedade que é, embora possua suas particularidades, a Propriedade Intelectual não se distancia das demais formas de propriedade a ponto de se eximir do cumprimento de sua função social. Bem como não se exime da influência de todos os demais preceitos constitucionais. O Direito de Autor, respeitado seu caráter híbrido (moral e patrimonial) também não se distancia da aplicação do instituto da função social. Desta forma, apesar de não ser o único instrumento de efetivação do princípio da solidariedade, o instituto da função social, quando aplicado ao Direito de Autor, parece fazer incidir sobre este ramo do Direito a substância contida no princípio da solidariedade. Parece que a questão de maior complexidade, neste assunto, não seria propriamente a verificação a respeito do instituto da função social atribuir, ou não, efetividade ao princípio da solidariedade, mas sim, conseguir alcançar um entendimento sobre o que se entende por função social do Direito de Autor na Sociedade da Informação. Esta questão, parece ser ainda mais complexa. Considerar, quando da decisão, a relevância que a informação possui no contexto social contemporâneo é o mesmo que se fazer cumprir a função social do Direito de Autor? Talvez. Conforme mencionado diversas vezes ao longo da presente pesquisa, parece que respostas desta ordem somente seriam possíveis diante da análise dos contornos de cada caso em concreto.

O que é possível afirmar, de antemão, e que, entende-se, possuir validade para todos os casos, é que, o princípio da solidariedade ao se fazer incidir sobre o Direito de Autor, exigirá o cumprimento de sua função social, de forma que esta função, contemporaneamente, parece estar indissociavelmente conectada a uma concepção mais humanista (e menos individualista) do Direito, de forma que não se trata de uma opção, mas de um dever do operador do Direito, decidir e demandar judicialmente, sempre com olhos voltados para a realização do bem-comum e para a maior satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Como se pôde verificar no exemplo prático trazido ao terceiro capítulo, honrar a Constituição que fundamenta o ordenamento jurídico brasileiro, significa exercer a ponderação de direitos fundamentais de forma a interpretar a legislação infraconstitucional em harmonia com os preceitos fundamentais, especialmente com o da dignidade da pessoa humana. Não por outro motivo, a decisão trazida ao texto considerou aberto o rol de limitações instituído por lei, aos Direitos Autorais, pois se

assim não o fosse haveria, naquele caso, prejuízo a direitos fundamentais como a educação e a liberdade religiosa, sem que a proteção (excessiva) do Direito de Autor, fosse justificável. Ou seja, fez-se um “balanceamento” dos direitos colidentes e a balança pendeu para o lado da educação e da liberdade religiosa.

Em tempos passados, quando o patrimônio significava o bem maior da vida, no lugar da dignidade (educação, informação, conhecimento, cultura ...) a resposta, provavelmente teria sido outra. Entretanto, é exatamente para isto que servem os princípios: para moldar a leitura do ordenamento jurídico de acordo com as mudanças de perspectivas sociais. E é por isso que chegou a hora de o ordenamento ser lido sob o prisma solidarista. É fazendo uma leitura sob este olhar é que se fará incidir o instituto da função social sobre as propriedades (materiais ou imateriais) e através dele, se alcançará uma sociedade mais solidária.

Respondendo, portanto, ao questionamento que se propôs responder ao longo da presente pesquisa, sim, o instituto da função social, quando aplicado sobre o Direito de Autor, atua no sentido da efetivação do princípio constitucional da solidariedade, na medida em que este instituto opera como uma ferramenta de concretização do uso da propriedade em consonância com os direitos fundamentais que, juntos, salvaguardam e conformam o princípio maior de dignidade da pessoa humana.

6 REFERÊNCIAS

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

_____. É possível conciliar o direito autoral clássico com o direito à educação? In: LEAL, Mônia Clarissa Hennig; COSTA, Marli Marlene Moraes da (Organizadoras). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 12. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012.

ALEXY, Robert. Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação Popular. Tradução de: Thomas da Rosa de Bustamante. In: In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coordenadores). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores. Impresso no Brasil em 2011.

ARONNE, Ricardo. Propriedade Intelectual e Direitos Reais um Primeiro Retomar da Obviedade. In: *Revista do Direito*, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, n. 28, jul./dez. 2007, p. 191 - 227.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

_____. *Sociedade da Informação e Liberdade de Expressão*. Artigo não publicado.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, L. R. (organizador). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARRETO, Vicente; BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Direitos Humanos e Globalização. In: *Direitos Humanos em Evolução*. BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BARRETO, Vicente (Organizadores). Joaçaba: Ed. Unoesc, 2007.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto BARROSO (organizador). *A Nova Interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo) In: BARROSO, Luís Roberto BARROSO (organizador). *A Nova Interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coordenadores). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BENVENUTO, Jayme. O Acesso à Justiça Internacional em Matéria de Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais. In: Eduardo C. Bittar; Giuseppe Tosi (organizadores). *Democracia e Educação em Direitos Humanos numa época de insegurança*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho, 7ª Tiragem, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de: Daniela Beccaccia Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine, Barueri, SP: Manole, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14/07/2014.

_____. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 nov. 2012.

_____. Lei nº. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>. Acesso em: 07 out. 2014.

_____. Lei nº. 12. 965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm> Acesso em: 09 out. 2014.

_____. Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 09 out. 2014.

CAENEGEM, R. C. Van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução: Carlos Eduardo Lima Machado, revisão: Eduardo Brandão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CABRITA, Isabel. *Direitos Humanos: um conceito em movimento*. Coimbra: Almedina, 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paula Mota Pinto. 3ª reimpressão da edição de julho/2003, Coimbra: Almedina, 2012.

CARBONI, Guilherme. *Aspectos Gerais da Teoria da Função Social do Direito de Autor*. [s.d.]. Disponível em: <<http://www.gcarboni.com.br/pdf/g6.pdf>>. Acesso em: 09/10/2014.

_____. *Função Social do Direito de Autor*. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

CARDOSO, Alenilton da Silva. *Princípio da Solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo*. São Paulo: Ixtlan, 2013.

CASABONA, Marcial Barreto. *O princípio constitucional da solidariedade no direito de família*. Tese (Doutorado), Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4569>. Acesso em: 08/02/2015.

CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede: do conhecimento à política. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo (Organizadores.). *A Sociedade em Rede: do conhecimento à acção política*; Conferência. Belém (Por) : Imprensa Nacional, 2005.

_____. *Redes de Indignação e Esperança: movimentos sociais na era da internet*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. As grandes etapas históricas na afirmação dos direitos humanos. In: *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7 ed. revista e atualizada. [S.l.]: SARAIVA, 2010. Disponível em: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/18490/mod_resource/content/1/CHY%20-%20Comparato%20-%20Introdu%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 15/01/2014.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 08/02/2015.

CORDEIRO, Eros Belin de Moura. A constituição da república de 1988 e as transformações da teoria contratual. In: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Coordenadores). *Direito privado e constituição, ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio*. Curitiba: Juruá, 2009.

CULTURA DIGITAL. Plataforma pública de blogs e conversas. Disponível em: <<http://culturadigital.br/marcocivil/>>. Acesso em: 09/10/2014.

DENNY, Ercílio A. *Ética e Sociedade*. Capivari: OpiniãoE, 2001.

DEMOLINER, Karine Silva. *O princípio da solidariedade no contexto de um estado socioambiental de direito*. Tese (Doutorado), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br:8080/dspace/bitstream/10923/2319/1/000434802-Texto%2bParcial-0.pdf>>. Acesso em: 08/02/2015.

DIAS, Wagner Inácio Freitas. Além do “Eu” e em busca do “Nós”: as interações do princípio da solidariedade e a boa-fé com vista ao exercício inadmissível de direitos. Dissertação (Mestrado), Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <http://portal.estacio.br/media/208980/wagner_inacio.pdf> Acesso em: 15/11/2014.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DORNELLES, João Ricardo W. *A internacionalização dos Direitos Humanos*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 - 2003-2004. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/direitosglobais/a_pdf/dornelles_internacionalizacao_dh.pdf>. Acesso em: 12/12/2013.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. Tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social; As regras do método sociológico; O suicídio; As formas elementares da vida religiosa*. Seleção de textos de José Arthur Giannotti; tradução de Carlos Alberto Ribeiro de Moura. (Os Pensadores). 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

ECAD. Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. Link “O Ecad”. <<http://www.ecad.org.br/pt/quem-somos/oEcad/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 07/08/2014.

ECAD. Escritório Central de Arrecadação e Distribuição. Link “Resultados”. Disponível em: <<http://www.ecad.org.br/pt/quem-somos/resultados/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 07/10/14.

FACHIN, Luiz Edson. O direito civil contemporâneo, a norma constitucional e a defesa do pacto emancipador. In: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Coordenadores). *Direito privado e constituição, ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio*. Curitiba: Juruá, 2009.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Organizador). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3 ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

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

FRANK, Anne. *O diário de Anne Frank*. Tradução de: Elia Ferreira Edel. São Paulo: Le Livros, [s.d.].

FIOREZE, Renato; BOFF, Salete Oro. A propriedade intelectual e a transferência de tecnologia no acesso ao conhecimento: difusão, dependência e inclusão social. In: BOFF, Salete Oro; STAHLHÖFER, Iásin Schäffer; FIOREZE, Renato. (Organizadores) *Novas tecnologias, direitos intelectuais e políticas públicas*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Proteção dos Direitos Humanos: Constitucionalização do Direito Internacional ou Internacionalização do Direito Constitucional? In: *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v.8, n.8, jul/dez.2008. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/dint/article/view/16128>>. Acesso em: 12/12/2013.

GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos Humano, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. 1ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.

GORIA, Fausto. Fraternidade e direito: algumas reflexões. In: Caso, Giovanni et al. (Orgs.). *Direito e fraternidade: ensaios, prática forense*. São Paulo: Cidade Nova; Ltr, 2008.

GLOBO.COM. Notícia sobre decisão proferida pelo Poder Judiciário em Porto Alegre. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2013/05/familia-de-ronaldinho-e-condenada-pagar-r-500-mil-vizinhos-no-rs.html>>. Acesso em: 15/11/14.

_____. Notícia sobre “selfie” feita por um macaco e disputa de direitos autorais. <<http://g1.globo.com/planeta-bizarro/noticia/2014/08/disputa-por-selfie-de-macaco-deve-parar-nos-tribunais.html>>. Acesso em: 12/12/2014.

HAMMES, Bruno Jorge. *O direito da propriedade intelectual, conforme a Lei 9.610 de 12.2.1998*. 3 ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2002.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição (Die normative Kraft der Verfassung)*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

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

LIMA, Taísa Maria Macena de. Princípios fundantes do Direito Civil. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito civil: atualidades I*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LISBOA, Roberto Senise. *Direito na Sociedade da Informação*. [s.d.] Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/direitonasociedadedainformacao-4.pdf> Acesso em: 23/06/2014.

LUÑO, Antonio-Henrique Pérez. *Teoría del derecho: una concepción de la experiencia jurídica*. 6 ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2007.

_____. *Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho*. 5 ed., Madrid: Editorial Tébar, 2007-a.

MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005.

MARTINS, Leonardo (org). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. Novos Temas na Teoria dos Contratos: confiança e o conjunto contratual. In: *Revista da Ajuris*. Edição Histórica nº. 100, Port Alegre: Ajuris, Dezembro de 2005.

MELLO, Celso Antônio Banceira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª ed. Revista e Atualizada até a Emenda Constitucional 53, de 19.12.2006. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Publico*. 1 ed. PRINCIPIA, Publicações Universitárias e Científicas. Cascais, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Solidariedade. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Organizadora). *A construção ds novos direitos*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Direitos Humanos, Estado e Globalização. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de. (Organizadores) *Direitos humanos e globalização [recurso eletrônico] : fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*, 2. ed. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre : EDIPUCRS, 2010.

NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade*, estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto de. Os princípios de um ‘personalismo ético’ como projecto de ‘materialização’ do direito privado”, in: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*, Livraria Almedina, Coimbra, 2013.

OLIVEIRA JÚNIOR, Valdir Ferreira de. Teoria Contemporânea do Estado: estados constitucionais solidaristas e a garantia do mínimo existencial. In: *Revista do Curso de Direito UNIFACS*, n. 108, 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/703/523>>. Acesso em: 31/08/2014.

ONU. Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Acesso em: 28/08/2014. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>.

PELLEGRINI, Grace Kellen de Freitas. *Da (In)Aplicabilidade do Princípio da Solidariedade nas Relações Privadas no Constitucionalismo Contemporâneo: o desvelar da ética, o semeador da socialidade e o propagador da confiança nas relações contratuais*. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Santa Cruz do Sul, 2012. Disponível em: <<http://www.unisc.br/portal/pt/cursos/mestrado/mestrado-e-doutorado-em-direito/dissertacoes-defendidas.html#>>. Acesso em: 31/08/2014.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, L. R. (organizador). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Direitos de autor e liberdade de informação*. Coimbra: Almedina, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. A Doutrina do Direito Civil na Legalidade Constitucional. TEPEDINO, Gustavo (organizador). In: *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. São Paulo: Atlas, 2008.

PIRES, Eduardo; REIS, Jorge Renato dos. A Utilização das Obras Intelectuais Autorais Frente às Novas Tecnologias: Função Social ou Pirataria? *Revista do Direito*. SANTA CRUZ DO SUL Nº 34 | P. 27-40 | JUL-DEZ 2010. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/1809>>. Acesso em: 22/09/2013.

PIRES, Eduardo; BOFF, Salete Oro. A Função Social do Direito de Autor. In: . In: REIS, J. R.; BOFF, S. O.; DIAS, F. V.; PELLEGRINI, G. K. F.; TOLOTTI, S. M. (organizadores). *Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Multideia, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Ações afirmativas e direitos humanos. *REVISTA USP*, São Paulo, nº. 69, p. 36 – 43, março/maio 2006. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/69/04-flavia.pdf>>. Acesso em: 07/01/2014.

PLATÃO. *A República*. Traduzido por Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2012.

QUINTANA, Mário. *Lili Invento o Mundo*, 13ª ed. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1997, p. 10.

REBELLO, Luiz Francisco. Gestão de Direitos no Ambiente Digital. In: *Direito da Sociedade da Informação*. Volume VIII, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

REIS, Jorge Renato dos . A Constitucionalização do Direito Privado e o Novo Código Civil. In: Rogério Gesta Leal. (Org.). *Direitos Sociais & Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, v. Tomo 3

_____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nas relações interprivadas: breves considerações. In: Prof. Dr. Rogério Gesta Leal; Prof. Dr. Jorge Renato dos Reis. (Org.). *Direitos Sociais & Políticas Públicas: desafios contemporâneos - TOMO V*. 1ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, v. 5.

_____. O direito de autor no constitucionalismo contemporâneo: considerações acerca de sua função social. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo. (Coordenadores) *Propriedade Intelectual em Perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Os fundamentos teóricos-constitutivos do direito de autor e a eficácia dos seus contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. Tese de Doutorado, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo, 2003-a.

REIS, Jorge Renato dos; BAGATINI, Júlia. Tecnologia e internet: uma abordagem da função social do direito do autor, apartir da *Creative Commons*. In: BOFF, Salette Oro; STAHLHÖFER, Iásin Schäffer; FIOREZE, Renato. (Organizadores) *Novas tecnologias, direitos intelectuais e políticas públicas*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014.

REIS, Jorge Renato dos; DIAS, Felipe da Veiga. A constitucionalização do direito privado brasileiro: a perspectiva do direito autoral. In: REIS, J. R.; BOFF, S. O.; DIAS, F. V.; PELLEGRINI, G. K. F.; TOLOTTI, S. M. (organizadores). *Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Multideia, 2011.

REIS, Jorge Renato dos; FONTANA, Eliane. O Princípio da Solidariedade e a hermenêutica filosófica na sustentabilidade dos Direitos Fundamentais sociais, diante dos argumentos do mínimo existencial e da reserva do possível. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. (Orgs.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010.

RUBIO, David Sánchez. Reflexiones e (im)precisiones em torno a la intervención humanitaria y los derechos humanos. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de. (Organizadores) *Direitos humanos e globalização [recurso eletrônico] : fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*, 2. ed. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre : EDIPUCRS, 2010.

SALDANHA, Nelso. *O Jardim e a Praça*: ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Se Deus fosse um Ativista dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2013.

SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3 ed. Revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Organizador). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3 ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. Breves notas sobre a Contribuição dos Princípios para a Renovação da Jurisprudência Brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil*. 2006

_____. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coordenadores). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Livres e Iguais: estudos de direitos constitucionais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, 2ª tiragem.

STF. Supremo Tribunal Federal. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821)

STJ. Superior Tribunal de Justiça. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RE 964.04–ES, Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em: 15/03/2011, DJe 23/05/2011.

TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (Coordenadores). *Direito privado e constituição, ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio*. Curitiba: Juruá, 2009.

TERRA. Notícia sobre decisão proferida pelo Poder Judiciário em Porto Alegre. Disponível em: <<http://esportes.terra.com.br/atletico-mg/familia-de-ronaldinho-e-um-baronato-diz-juiz-de-porto-alegre,92993ac18cafe310VgnVCM5000009ccceb0aRCRD.html>> Acesso em: 15/11/14.

_____. Notícia sobre “selfie” feita por macaco e disputa de direitos autorais. <<http://noticias.terra.com.br/mundo/estados-unidos/nos-eua-selfie-tirada-por-macaco-nao-tem-direitos-autorais,cc7e906f57d18410VgnVCM3000009af154d0RCRD.html>>, acesso em: 12/12/14.

TJ/RS. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Ação de Cobrança Ação de Cobrança nº. 001/1.09.0072434-3, Comarca de Porto Alegre/RS, Vara Cível do Foro Regional Tristeza, julgada por: Alex Gonzalez Custódio, Julgamento: 26/11/2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15/11/14.

TRABUCO, Cláudia. *O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

VIEIRA, Gustavo Oliveira; MORAES, José Luis Bolzan de. Internacionalização do Direito a partir dos direitos humanos: reflexões iniciais para o futuro do constitucionalismo. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 4(2):175-184, julho-dezembro 2012, UNISINOS. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.42.07>>. Acesso em: 12/12/2013.

ZERO HORA. Grupo da família no Whatsapp: forma de reaproximar parentes distantes ou chatice de velhos?" Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/tecnologia/noticia/2014/10/grupo-da-familia-no-whatsapp-forma-de-reaproximar-parentes-distantes-ou-chatice-de-velhos-4616619.html>>. Acesso em: 09/10/2014.

ZOLL, Rainer. *O que é solidariedade hoje?* Ijuí: Ed. Unijuí, 2007.

WACHOWICZ, Marcos; WINTER, Luis Alexandre Carta. Os paradoxos da sociedade informacional e os limites da propriedade intelectual. In: Anais do XVI Congresso Nacional, CONPEDI, PUC Minas - Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luis_alexandre_carta_winter2.pdf>. Acesso em: 09/10/14.

WACHOWICZ, Marcos. Reflexões sobre a revolução tecnológica e a tutela da propriedade intelectual. In: ADOLFO, L. G. S.; MORAES, R. (coordenadores). *Propriedade intelectual em perspectiva*. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. Novos pressupostos para a temática dos direitos humanos. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de. (Organizadores) *Direitos humanos e globalização [recurso eletrônico] : fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*, 2. ed. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre : EDIPUCRS, 2010.