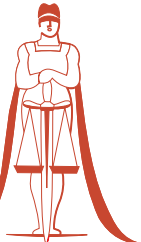


ISSN 0101 - 949X

JUSTITIA



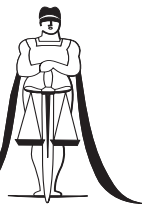
Publicada desde 1939

MPSP

A Revista do Ministério Público de São Paulo

209/210/211/212 jan./dez. 2017-2018

JUSTITIA



Publicada desde 1939

Diretor

Sérgio de Oliveira Médici

Conselho Redacional

Alexandre Alberto de Azevedo Magalhães Júnior

Aline Jurca Zavaglia Vicente Alves

Arthur Migliari Junior

Rafael de Oliveira e Costa

Coordenação Geral

Renata Horn Bosco Gozzi

Concepção de Projeto Editorial

Ada Santos Seles

Tradução para Língua Inglesa

Arthur Meibak de Oliveira

Editoração Eletrônica

Marcelo Soares

SUBÁREA DE APOIO TÉCNICO – REVISTA *JUSTITIA*

Rua Senador Feijó, 170/176 - 2º andar - sala 203 – Centro

CEP.: 01006-000 – São Paulo – Brasil

Tels.: (55 11) 3116-0807 e 3116-0808

E-mail: revistajustitia@mpsp.mp.br

Solicita-se permuta.

As ideias e conceitos expressos nos trabalhos assinados
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

JUSTITIA



Publicada desde 1939

Publicada pela
**Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com
a Associação Paulista do Ministério Público**

ISSN 0101-949X

Justitia	São Paulo	anos 74-75	v. 209/210/211/212	2017-2018	jan./dez.2017-2018	p. 1-412
----------	-----------	------------	--------------------	-----------	--------------------	----------

JUSTITIA / Ministério Público de São Paulo. São Paulo, SP : Procuradoria-Geral

de Justiça, Associação Paulista do Ministério Público, 1939 - .

Semestral

ISSN 0101-949X

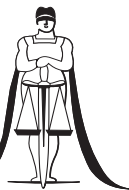
1939 - 2016 (1 – 208)

2017 - 2018 (209/210/211/212)

1. Direito – Periódicos. I. São Paulo (Estado) Ministério Público.

CDU – 34(816.1) (05)

JUSTITIA



Publicada desde 1939

Publicada pela
**Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com
a Associação Paulista do Ministério Público**

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Procuradoria-Geral de Justiça
Gianpaolo Poggio Smanio

ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Presidente

José Oswaldo Molineiro

JUSTITIA

Diretor

Sérgio de Oliveira Médici

Conselho Redacional

Alexandre Alberto de Azevedo Magalhães Júnior
Aline Jurca Zavaglia Vicente Alves
Arthur Migliari Junior
Rafael de Oliveira e Costa

Conselho Editorial

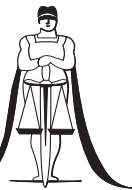
António Cluny (Portugal)
Antonio Magalhães Gomes Filho
Antonio Scarance Fernandes
Celso Lafer
Dalmo Dallari
Dirceu de Mello
Eugênio Zaffaroni (Argentina)
Fabio Konder Comparato
Hugo Nigro Mazzilli
Giulio Illuminati (Itália)

Jan Simon (Alemanha)
José Celso de Mello Filho
José Renato Nalini
Jorge Miranda (Portugal)
Jorge Figueiredo Dias (Portugal)
Maria Berenice Dias
Maria Schnebli (Zurique-Suíça)
Ricardo Boscovisch (Miami-EUA)
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery

Conselho Consultivo

Carlos Alberto de Salles
Gianpaolo Poggio Smanio
José de Oliveira
Susana Henriques da Costa
Vidal Serrano Nunes Júnior

JUSTITIA



Publicada desde 1939

Publicada pela
**Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com
a Associação Paulista do Ministério Público**

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
Ano 2017

Procurador-Geral de Justiça
Gianpaolo Poggio Smanio

Subprocuradores-Gerais de Justiça

Políticas Administrativas e Institucionais
José Antonio Franco da Silva

Jurídica e Competência Originária
Nilo Spinola Salgado Filho

Políticas Criminais e Institucionais
Mário Luiz Sarrubo

Planejamento Institucional
Paulo Sérgio de Oliveira e Costa

Corregedor-Geral
Paulo Afonso Garrido de Paula

Vice-Corregedora-Geral
Tereza Cristina Maldonado Katurchi Exner

Secretaria Administrativa da Procuradoria Geral
Fernando Pastrelo Kfoury

Secretaria Executiva da Procuradoria Geral
Fabio Ramazzini Bechara

Secretária de Integração
Lídia Helena Ferreira da Costa dos Passos

Diretor-Geral
Ricardo de Barros Leonel

Ouvidor
Roberto Fleury de Souza Bertagni

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Composição – 2017

Presidente

Procurador-Geral de Justiça

Gianpaolo Poggio Smanio

Corregedor-Geral

Paulo Afonso Garrido De Paula

Procuradores de Justiça – Conselheiros

José Correia de Arruda Neto

Liliana Mercadante Mortari

Luis Paulo Sirvinskas

Luiz Antonio de Oliveira Nusdeo

Marcio Sergio Christino

Monica de Barros Marcondes Desinano

Paulo Sergio Puerta dos Santos

Tiago Cintra Zarif, (secretário)

Vidal Serrano Nunes Junior.

ÓRGÃO ESPECIAL DO COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

Composição – 2017

Presidente

Procurador-Geral de Justiça

Gianpaolo Poggio Smanio

Corregedor-Geral

Paulo Afonso Garrido De Paula

Membros Natos

Fernando José Marques

Álvaro Augusto Fonseca de Arruda

Pedro Franco de Campos

José Correia de Arruda Neto

Carlos Augusto Salles Sgarbi

João Eduardo Gesualdi Xavier Freitas

João Machado de Araújo Neto

Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz

Oscar Mellim Filho

Antonio de Pádua Bertone Pereira

Sérgio Neves Coelho

Jurandir Norberto Marçura

Walter Paulo Sabella

Luiz Cyrillo Ferreira Júnior

Rodrigo César Rebello Pinho

Ana Maria Napolitano de Godoy

Fernando José Martins

João Alves de Souza Campos

Luiz Antonio Guimarães Marrey

Newton Reginato

Membros Eleitos

Dora Bussab

Ana Margarida Machado Junqueira Beneduce

Hamilton Alonso Junior

Juang Yuh Yu

Andréa Chiaratti do Nascimento Rodrigues Pinto

Pedro de Jesus Juliotti

José Oswaldo Molineiro

José Reynaldo de Almeida

Paulo Sérgio de Oliveira e Costa

Carlos Eduardo Fonseca da Matta

Edgard Moreira da Silva

David Cury Júnior

Maria da Gloria Villaça Borin Gavião de Almeida

Dimitrios Eugenio Bueri

Rodrigo Canellas Dias

Mario Antonio de Campos Tebet

Mario Luiz Sarrubbo

Antonio Celso Pares Vita

Martha de Toledo Machado

Marcos Hideki Ihara

DIRETORIA DA ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Composição – 2017

Presidente

José Oswaldo Molineiro

1º Vice-Presidente

Márcio Sérgio Christino

2º Vice-Presidente

Gabriel Bittencourt Perez

1º Secretário

Paulo Penteado Teixeira Junior

2º Secretário

Tiago de Toledo Rodrigues

1º Tesoureiro

Renato Kim Barbosa

2ª Tesoureira

Valéria Maiolini

Diretora de Relações Públicas

Paula Castanheira Lamenza

Diretora de Patrimônio

Fabiola Moran Faloppa

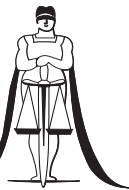
Diretora de Aposentados

Cyrdemia da Gama Botto

Diretor de Prerrogativas

Salmo Mohmari dos Santos Júnior

JUSTITIA



Publicada desde 1939

Publicada pela
**Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com
a Associação Paulista do Ministério Público**

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
Ano 2018

Procurador-Geral de Justiça
Gianpaolo Poggio Smanio

Subprocuradores-Gerais de Justiça

Políticas Administrativas e Institucionais
José Antonio Franco da Silva

Jurídica e Competência Originária
Wallace Paiva Martins Júnior

Políticas Criminais e Institucionais
Mário Luiz Sarrubo

Planejamento Institucional
Paulo Sérgio de Oliveira e Costa

Corregedor-Geral
Paulo Afonso Garrido de Paula

Vice-Corregedora-Geral
Tereza Cristina Maldonado Katurchi Exner

Secretaria Administrativa da Procuradoria Geral
Fernando Pastrelo Kfoury

Secretaria Executiva da Procuradoria Geral
Fabio Ramazzini Bechara

Secretária de Integração
Lídia Helena Ferreira da Costa dos Passos

Diretor-Geral
Ricardo de Barros Leonel

Ouvidor
Roberto Fleury de Souza Bertagni

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Composição – 2018

Presidente

Procurador-Geral de Justiça

Gianpaolo Poggio Smanio

Corregedor-Geral

Paulo Afonso Garrido De Paula

Procuradores de Justiça – Conselheiros

Ana Margarida Machado Junqueira Beneduce

Augusto Eduardo de Souza Rossini

Eduardo Roberto Alcantara Del Campo

Hamilton Alonso Junior

Joiese Filomena Teoto Buffulin Salles

José Roberto Rochel de Oliveira

Olheno Ricardo de Souza Scucuglia,
(secretário)

Pedro de Jesus Juliotti

Walter Paulo Sabella

ÓRGÃO ESPECIAL DO COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

Composição – 2018

Presidente

Procurador-Geral de Justiça

Gianpaolo Poggio Smanio

Corregedor-Geral

Paulo Afonso Garrido De Paula

Membros Natos

Fernando José Marques

Álvaro Augusto Fonseca de Arruda

Pedro Franco de Campos

José Correia de Arruda Neto

Carlos Augusto Salles Sgarbi

João Machado de Araújo Neto

Antonio de Pádua Bertone Pereira

Oscar Mellim Filho

Jurandir Norberto Marçura

Walter Paulo Sabella

Luiz Cyrillo Ferreira Júnior

Rodrigo César Rebello Pinho

Ana Maria Napolitano de Godoy

Fernando José Martins

João Alves de Souza Campos

Luiz Antonio Guimarães Marrey

Plínio Antonio Brito Gentil

Luís Daniel Pereira Cintra

Pedro Falabella Tavares de Lima

Marcílio Grecco

Membros Eleitos

Liliana Mercadante Mortari

Mônica de Barros Marcondes Desinano

Luiz Antonio de Oliveira Nusdeo

Tiago Cintra Zarif

Eduardo Marcelo Mistrorigo de Freitas

Márcio Sérgio Christino

Walter Tebet Filho

Vidal Serrano Nunes Júnior

João Antonio Garreta Prats

Ana Lúcia Menezes Vieira

Alberto Carlos Dib Júnior

Ruymar de Lima Nucci

Adriano Ricardo Claro

Josely Mara Litrenta de Oliveira Donato

Vânia Ferrari Tropia Padilla

José Kalil de Oliveira e Costa

Beatriz Augusta Pinheiro

Lídia Helena Ferreira da Costa Passos

Wallace Paiva Martins Júnior

Antonio Carlos Fernandes Nery

DIRETORIA DA ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Composição – 2018

Presidente

José Oswaldo Molineiro

1º Vice-Presidente

Francisco Antonio Gnipper Cirillo

2º Vice-Presidente

Gabriel Bittencourt Perez

1º Secretário

Paulo Penteado Teixeira Junior

2º Secretário

Tiago de Toledo Rodrigues

1º Tesoureiro

Renato Kim Barbosa

2º Tesoureira

Fabiola Moran Faloppa

Diretora de Relações Públicas

Paula Castanheira Lamenza

Diretor de Patrimônio

André Pascoal da Silva

Diretora de Aposentados

Cyrdemia da Gama Botto

Diretor de Prerrogativas

Salmo Mohmari dos Santos Júnior

EDITORIAL

Prezado leitor:

A Revista *Justitia*, órgão oficial do Ministério Público paulista, lançada em 1939 graças ao idealismo de César Salgado, apresenta uma edição especial que abrange as revistas de número 209 a 212, relativas aos anos de 2017 e 2018.

Com a nova publicação, agora exclusivamente em versão eletrônica, a *Justitia* dá continuidade à sua missão de divulgar estudos jurídicos de interesse do Ministério Público e de todas atividades ligadas ao Direito.

A edição traz na seção criminal três artigos: Decisões do Júri e a Prisão Imediata do Réu, por Ronaldo Batista Pinto; Ministério Público, Vítima e Inquérito Policial: Uma Análise do PLS nº 135/2018, de autoria de Marcus Vinícius Amorim de Oliveira; e O Relacionamento Descartável como Portal da Criminalidade, escrito por Cássio Benvenutti de Castro.

Compõem a seção cível cinco artigos: A Tutela Jurisdicional Como Polo Metodológico do Processo Civil, por Cássio Benvenutti de Castro; Direito à Vida, Qualidade de Vida, Autonomia Privada e Testamento Vital, escrito por Milton Barrossi Filho e Rachel Sztajh; Marco Civil da

Internet – Neutralidade de Rede e Liberdade de Expressão, de autoria de Alexandre Pontieri; e dois artigos escritos por Felipe Oliveira de Castro Rodrigues Alvarez: O Enriquecimento Ilícito e a Responsabilidade Civil; e O Trinômio de Kelsen: Estado, Direito e Normatividade.

Os artigos dedicados aos interesses difusos e coletivos são sete: A Judicialização das Relações Sociais e o Ativismo Judicial Como Tendência: Implicações na Seara Processual Coletiva – Limites e Possibilidades, por Bianca Mendes Pereira Richter; A Regularização Fundiária Urbana nas Unidades de Conservação e nas Áreas de Proteção de Mananciais, de autoria de Marcos Roberto Funari; A Responsabilidade do Diretor de Compliance, por Thiago Spercel; A Versão e a Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor, por Cássio Benvenuto de Castro; Custos Administrativos e os Sinais da Má Qualidade da Moldura Regulatória dos Planos Coletivos de Saúde, de autoria de Luiz Fernando Roberto; O Regime Prescricional das Ações por Ato de Improbidade Administrativa à Luz do Supremo Tribunal Federal, por Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro e Vitor Affonso Vieira Machado; e O Tratamento Público de Questões Privadas: Os Direitos Transindividuais Numa Acepção Filosófica, escrito por Alexandre Peres Rodrigues e Leonardo David Quintiliano.

Na seção Observatório, a revista traz o artigo Desaparecimento na Adolescência: A Escuta dos Protagonistas Eliana Faleiros Vendramini Carneiro e Melânia Bier Barbosa Marinelli.

E na seção Doutrina do Ministério Público: Possibilidade de Liberação de Adolescente Pelo(a) Promotor(a) de Justiça Após a Sua Oitiva Informal: Abordagem Analítica e Crítica, por Evandro Luís Santos de Jesus.

São trabalhos doutrinários atuais e que contribuem para os estudos de todos os profissionais da área jurídica.

Boa leitura e até a próxima edição da Revista Justitia.

Sérgio de Oliveira Médici

Diretor

SUMÁRIO / CONTENTS

CRIMINAL / CRIMINAL

Decisões do Júri e a Prisão Imediata do Réu

Jury deliberativos and immediate arrest of the defendant

Ronaldo BATISTA PINTO 17

Ministério Público, Vítima e Inquérito Policial: Uma Análise do PLS nº 135/2018

Public prosecutor's office, victim and police inquiry: an analysis of senate bill n.º135/2018

Marcus Vinícius Amorim de OLIVEIRA 22

O Relacionamento Descartável como Portal da Criminalidade

The disposable relationship as a crime portal

Cássio Benvenuti de CASTRO 34

CÍVEL / CIVIL

A Tutela Jurisdicional Como Polo Metodológico do Processo Civil

The jurisdictional protection as the nuclear principle of civil procedure

Cássio Benvenuti de CASTRO 61

Direito à Vida, Qualidade de Vida, Autonomia Privada e Testamento Vital

Right to Life, Quality of Life, Private Autonomy and Living Will

Milton BARROSSI FILHO e Rachel SZTAJH 98

Marco Civil da Internet – Neutralidade de Rede e Liberdade de Expressão

Civil Rights Framework for the Internet – Net Neutrality and Freedom of Speech

Alexandre PONTIERI 111

O Enriquecimento Ilícito e a Responsabilidade Civil

Unjust enrichment and the civil liability

Felipe Oliveira de Castro Rodrigues ALVAREZ 140

O Trinômio de Kelsen: Estado, Direito e Normatividade

The Kelsen Trinomy: State, Rights and Rules

Felipe Oliveira de Castro Rodrigues ALVAREZ 165

INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS / *DIFFUSE AND COLLECTIVE INTERESTS*

A Judicialização das Relações Sociais e o Ativismo Judicial Como Tendência: Implicações na Seara Processual Coletiva – Limites e Possibilidades

The judicialization of social relations and judicial activism as a tendency: consequences in class actions in Brazil – limits and possibilities

Bianca Mendes Pereira RICHTER 199

A Regularização Fundiária Urbana nas Unidades de Conservação e nas Áreas de Proteção de Mananciais

Urban Land Regulation in Conservation Units and in Source Water Protection Areas

Marcos Roberto FUNARI 227

A Responsabilidade do Diretor de Compliance

The compliance officer's liability

Thiago SPERCEL..... 247

A Versão e a Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor

The version and the reverse of the burden of proof on the Consumer Protection Code

Cássio Benvenuto de CASTRO 272

Custos Administrativos e os Sinais da Má Qualidade da Moldura Regulatória dos Planos Coletivos de Saúde

Administrative costs and the evidences of poor quality of the regulatory framework about Employment-Based Health Insurance contracts

Luiz Fernando ROBERTO 307

O Regime Prescricional das Ações por Ato de Improbidade Administrativa à Luz do Supremo Tribunal Federal

The Prescription Scheme of Shares by Act of Administrative Improbability in Evaluation of The Supreme Federal Court

Gustavo Henrique de Andrade CORDEIRO e Vitor Affonso Vieira MACHADO 325

O Tratamento Público de Questões Privadas: Os Direitos Transindividuais Numa Acepção Filosófica

The Public Treatment of Private Issues: The Collective Rights in a Philosophical Meaning

Alexandre Peres RODRIGUES e Leonardo David QUINTILIANO 337

OBSERVATÓRIO / OBSERVATORY

Desaparecimento na Adolescência: A Escuta dos Protagonistas

Disappearance in Adolescence: the listening of protagonists

Eliana Faleiros Vendramini CARNEIRO e Melânia Bier Barbosa MARINELLI 351

DOCTRINA DO MINISTÉRIO PÚBLICO / THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE

DOCTRINE

Possibilidade de Liberação de Adolescente Pelo(a) Promotor(a) de Justiça

Após a Sua Oitiva Informal: Abordagem Analítica e Crítica

*Possibility of Adolescent Release by the Promoter of Justice After its Informal
Oitive: Analytical and Critical Approach*

Evandro Luís Santos de JESUS 375

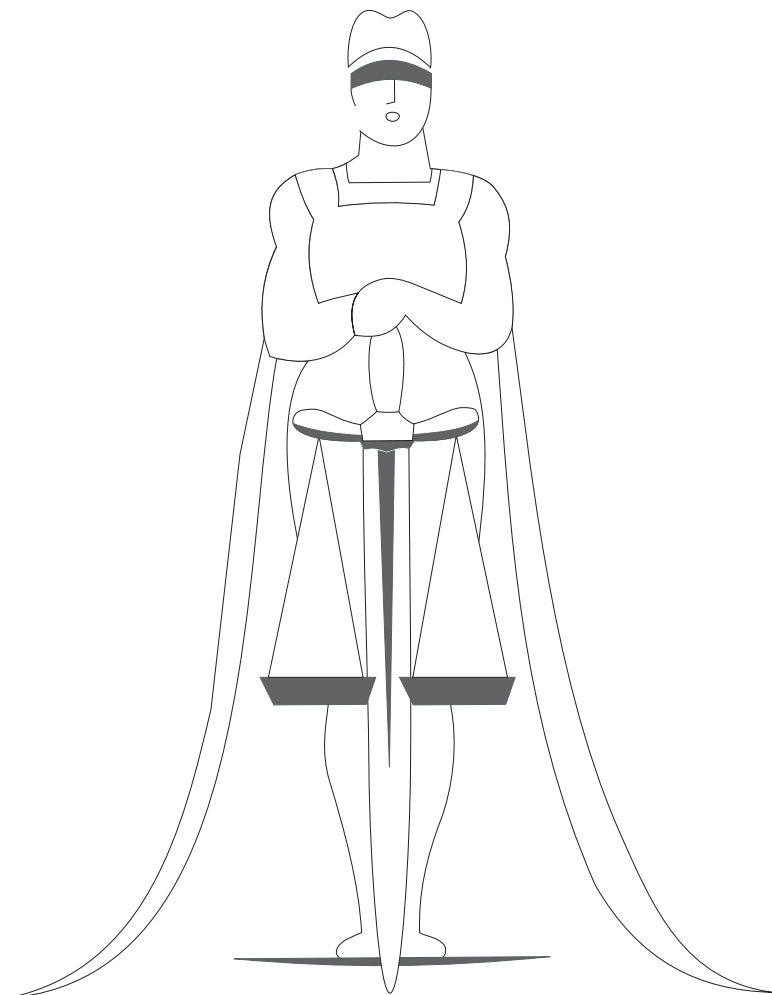
ÍNDICE DE ASSUNTOS 405

SUBJECT INDEX 408

ÍNDICE DE AUTORES/AUTHORS INDEX 411

CRIMINAL

CRIMINAL



Decisões do Júri e Prisão Imediata do Réu

Ronaldo BATISTA PINTO*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 O alcance do princípio da soberania do Júri e a apelação. 2 O alcance do princípio da soberania do Júri e a revisão criminal. 3 Apelação e julgamento de questões de fato. Conclusão. Referências
- **RESUMO:** O texto trata da decisão do STF, no HC 118.770, que admitiu a execução imediata da pena após a condenação pelo Júri popular. Este entendimento segue decisão prévia, também do Supremo, que reconheceu a possibilidade de execução da pena após a condenação em 2º grau. Argumenta-se que é inviável a utilização dos mesmos argumentos que justificaram a execução provisória da pena, segundo o Supremo, para os julgamentos do Júri, na medida em que se fundam em pressupostos diversos. Isso porque, nas condenações do Júri, remanesce ainda a possibilidade de uma apelação na qual questões de fato serão enfrentadas; não havendo que se falar, portanto, em uma decisão de 2º grau definitiva.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Tribunal do Júri. Soberania do Júri. Execução da Pena após Condenação em 2º grau.

Introdução

É sabido que no julgamento em que foi relator o Ministro Marco Aurélio, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 05.10.2016, ao apreciar as medidas cautelares nas ações diretas de constitucionalidade 43 e 44, decidiu, por maioria de votos, no sentido de que, uma vez confirmada a sentença condenatória por um colegiado de 2º grau, admite-se a imediata execução da pena, sem que isto implique em afronta ao princípio constitucional da presunção de inocência, esculpido no inc. LVII, do art. 5º da Carta. Com esse entendimento, confirmou o que já decidira antes, no célebre julgamento do HC n. 126.292, de 17.02.2016, no qual foi relator o Ministro Teori Zavascki e que vem assim

* Promotor de Justiça no Estado de São Paulo e Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP).

ementado: "A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal".

Ao que parece fortemente influenciado por esse posicionamento, o Ministro Luís Roberto Barroso, compondo a 1ª Turma do STF, no julgamento do HC 118.770, em 07.03.2017, abriu divergência que foi acolhida por maioria de votos. Destacou Sua Excelência que "[...] a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação pelo Tribunal do Júri, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri, e o Tribunal não pode substituir-se aos jurados na apreciação de fatos e provas (CF/1988, artigo 5º, XXXVIII, c), o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos bens jurídicos que ela visa resguardar (CF/1988, artigos 5º, caput e LXXVIII e 144). Assim, interpretação que interdite a prisão como consequência da condenação pelo Tribunal do Júri representa proteção insatisfatória de direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana e a integridade física e moral das pessoas².

Partiu-se, portanto, da premissa de que, face à soberania que é inerente ao Tribunal do Júri, decorrente de expresso texto constitucional nesse sentido (art. 5º, inc. XXXVIII, "c" da CF), seria admitida a imediata prisão do réu, assim que condenado pelo Tribunal popular. Conquanto oriundo de um de seus mais ilustres Ministros, temos, com a devida vênia, por equivocado esse posicionamento.

1 O alcance do princípio da soberania do Júri e a apelação

De se ver, inicialmente, que se conferiu ao princípio da soberania do Júri um alcance que aparentemente ele não ostenta. De sorte que, embora com previsão constitucional, esse princípio é relativo, sofrendo forte mitigação quando a lei permite, na dicção do art. 593, III, "d", do Código de Processo Penal, que o Tribunal de Justiça mande o réu a novo Júri, acolhendo apelação e reconhecendo que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos. E nem poderia ser diferente, conquanto se admita a soberania dos veredictos, há que se ter um meio de revisão das decisões evidentemente equivocadas. Não que ao Tribunal de Justiça se autorize, por meio

de uma apelação, condenar ou absolver o réu. Mas poderá, sem afrontar o aludido princípio constitucional, determinar que outro julgamento seja realizado. Nesse sentido o posicionamento do STF: "A soberania dos veredictos do Júri - não obstante a sua extração constitucional - ostenta valor meramente relativo, pois as decisões emanadas do Conselho de Sentença não se revestem de intangibilidade jurídico-processual. A competência do Tribunal do Júri, embora definida no texto da Lei Fundamental da República, não confere, a esse órgão especial da Justiça comum, o exercício de um poder incontrastável e ilimitado. As decisões que dele emanam expõem-se, em consequência, ao controle recursal do próprio Poder Judiciário, a cujos Tribunais compete pronunciar-se sobre a regularidade dos veredictos. A apelabilidade das decisões emanadas do Júri, nas hipóteses de conflito evidente com a prova dos autos, não ofende o postulado constitucional que assegura a soberania dos veredictos do Tribunal Popular" (STF – HC nº 81423-SP, Rel. Celso de Mello, j. 18.12.2001, DJe 19.04.2001). Daí porque já foi denominado esse recurso, quando manejado contra decisões provenientes do Júri, de apelação *sui generis*, já que atua como verdadeiro juízo de cassação, posto que, segundo lição de José Frederico Marques (1997, p. 228), "a soberania continua a existir, mas desaparece a onipotência arbitrária".

2 O alcance do princípio da soberania do Júri e a revisão criminal

A reforçar o entendimento acima, demonstrando, mais uma vez, que o princípio em análise não tem um caráter dogmático, devendo ser interpretado cum grano salis, tem-se que, em sede de revisão criminal, conforme admitido pela maioria da doutrina, é cabível a absolvição do réu, desconstituindo-se, dessa forma, uma sentença proveniente do Tribunal do Júri. É que, assim como a soberania dos veredictos, o direito à liberdade também possui assento constitucional e, por isso, é possível o ajuizamento da revisão. Opta-se, assim, por corrigir um erro em benefício da liberdade da pessoa ao invés de se manter uma decisão injusta, em nome da soberania dos veredictos. Imagine-se a situação na qual a suposta vítima de um homicídio apareça viva. Teria cabimento que se impedisse a revisão criminal para que se absolvesse o réu condenado definitivamente pela prática do crime? Parece claro que não. E nem seria lógico mandá-lo a novo julgamento pela prática de um crime que não ocorreu. A injustiça da solução contrária não se encontra em eventual manutenção do réu preso. Isto poderia ser facilmente corrigido, através de habeas corpus ou mesmo de um pedido liminar dirigido ao relator que, de imediato, ordenaria a soltura do réu. O absurdo é se determinar um novo julgamento

pela prática de um homicídio estando o ofendido vivo. Aliás, não teria cabimento se admitir uma forma de correção para a decisão do juiz togado, que possui conhecimento técnico e, portanto, se encontra presumivelmente preparado para julgar e se conferisse caráter de intangibilidade à decisão do leigo que, na maioria das vezes, não ostenta qualquer preparo teórico a respeito do direito. Homens e, portanto, falíveis, são tanto o togado como o leigo. Este mais que àquele, por ignorar as coisas do Direito.

A propósito, ainda recentemente (em abril de 2017), na sua conhecida Jurisprudência de Teses, o Superior Tribunal de Justiça firmou dois entendimentos, cristalizados nas teses ns. 13 e 14, segundo os quais "não viola o princípio da soberania dos veredictos a cassação da decisão do Tribunal do Júri manifestamente contrária à prova dos autos" e "a soberania do veredicto do Tribunal do Júri não impede a desconstituição da decisão por meio de revisão criminal"

3 Apelação e julgamento de questões de fato

Da análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal que passaram a admitir a execução provisória da pena, um de seus mais fortes fundamentos é extraído da circunstância de que, na pendência do recurso especial ou extraordinário, não mais se cogita da análise do fato, mas apenas do direito: no primeiro quando contrariar tratado ou lei federal e, no segundo, por afronta à própria Constituição. Bem por isso, tais recursos não possuem efeito suspensivo, a admitir, na visão da mais alta Corte do país ² insistimos - a imediata prisão do condenado, desde que confirmado por um órgão colegiado de 2º grau. Sucede que, em se tratando de decisão do Júri, penderá ainda uma análise de questões de fato (e não apenas de direito, como nos recursos especial ou extraordinário). Claro, se o réu apela sob o fundamento de que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos, o Tribunal de 2º grau fará, necessariamente, uma análise da prova dos autos. Não, por óbvio, para absolver o réu, mas para submetê-lo a um novo julgamento, no eventual triunfo do apelo. Daí o equívoco que detectamos no mencionado julgado da mais alta Corte do país. Com efeito, enquanto nos demais julgamentos a sentença condenatória foi confirmada por um Tribunal, remanescendo aos Tribunais Superiores (STF e STJ), apenas a análise do direito, as decisões emanadas do Júri admitem uma segunda análise do fato. Cremos, assim, inviável a singela utilização dos argumentos que justificaram a execução provisória da pena, segundo o Supremo, para os julgamentos do Júri, na medida em que se fundam em pressupostos diversos.

Conclusão

Quer em virtude de que o princípio da soberania dos veredictos não possui o alcance que tanto impressionou a decisão do Supremo Tribunal Federal, quer em razão de que, nas condenações do Júri, remanesce ainda a possibilidade de uma apelação na qual questões de fato serão enfrentadas (não havendo que se falar, portanto, em uma decisão de 2º grau definitiva), pensamos que o julgado em análise não se pautou pelo costumeiro acerto que orienta os votos dos ilustres Ministros que o proferiram, não sendo de se admitir a imediata prisão do réu após sua condenação em plenário.

BATISTA PINTO, R. Jury Deliberations and Immediate Arrest of the Defendant. *Justitia*, São Paulo, v. 209/210/211/212, p. 17-21, Jan./Dec. 2017-2018.

- **ABSTRACT:** The article discusses the Supreme Court's decision, in HC 118.770, regarding the immediate execution of the sentence after the conviction by the popular jury. This understanding follows a prior decision, also by the Supreme Court, which acknowledged the possibility of executing the sentence after the conviction by the Court of Appeals. It is argued that it is unfeasible to use the same arguments that justified the provisional execution of the sentence, according to the Supreme, for the Jury, insofar as they are based on different assumptions. This is because, after the jury's decision, there is still the possibility of an appeal in which matters of fact will be faced, hence not a definitive 2nd degree decision.
- **KEYWORDS:** Jury. Jury's Sovereignty. Immediate Execution of the Sentence.

Referências

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal, Campinas: Bookseller, 1997, vol. IV.

Ministério Público, Vítima e Inquérito Policial: Uma Análise do PLS n.º135/2018

Marcus Vinícius Amorim de OLIVEIRA*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Investigação do Ministério Público em Crimes Atribuídos a Agentes de Segurança Pública. 2 Intervenção da Vítima no Inquérito Policial. Conclusão. Referências.
- **RESUMO:** Este artigo faz uma análise jurídica do Projeto de Lei do Senado n.º135/2018, que atribui ao Ministério Público a responsabilidade de investigar crimes atribuídos a agentes de segurança pública e confere à vítima poderes de intervenção na investigação policial.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Projeto de Lei. Senado Federal. Ministério Público. Vítima. Inquérito Policial.

Introdução

O presente texto se propõe a promover uma análise jurídica do Projeto de Lei do Senado - PLS n.º 135/2018, de autoria da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa daquela Casa.

O referido PLS tem como objeto o Título II, do vigente Código de Processo Penal - CPP, que trata do inquérito policial. Desse modo, inclui um dispositivo e acrescenta parágrafos a outro artigo do CPP. Muito embora relacionados entre si, procederemos a análise das duas proposições em separado.

O PLS busca atender uma determinação da Corte Interamericana de Direitos Humanos - CIDH no Caso *“Favela Nova Brasília”*, que emitiu uma sentença definitiva e inapelável¹, cujo não cumprimento pode acarretar uma responsabilização internacional do Estado Brasileiro².

¹ Nestes termos, o art.67, da CADH, mais conhecida por estas bandas como Pacto de São José da Costa Rica: *“A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença”*.

² Nesse sentido, o art.65, da CADH: *“A Corte submeterá à consideração da Assembleia Geral da Organização, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre as suas atividades no ano*

Em 19 de maio de 2015, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à Corte o caso Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira e outros (“Favela Nova Brasília”) contra a República Federativa do Brasil. A ação teve como peticionários o Centro pela Justiça e o Direito Internacional - CEJIL e o Instituto de Estudos da Religião - ISER, representantes das vítimas. O caso se refere às falhas e à demora na investigação e punição dos responsáveis pelas supostas *“execuções extrajudiciais de 26 pessoas no âmbito das incursões policiais feitas pela Polícia Civil do Rio de Janeiro em 18 de outubro de 1994 e em 8 de maio de 1995 na Favela Nova Brasília”*, uma comunidade incrustada no Complexo do Alemão, na cidade do Rio de Janeiro. Alegou-se que essas mortes foram justificadas pelas autoridades policiais mediante o levantamento de *“autos de resistência à prisão”*. Sustentou-se também que, na incursão de 18 de outubro de 1994, três mulheres, duas delas menores, teriam sido vítimas de tortura e atos de violência sexual por parte de agentes policiais. Finalmente, afirmou-se que a investigação dos fatos mencionados teria sido realizada supostamente com o objetivo de estigmatizar e revitimizar as pessoas falecidas, pois o foco teria sido dirigido à sua culpabilidade e não à verificação da legitimidade do uso da força³.

Os inquéritos relacionados às duas chacinas foram enviados ao Ministério Público do Rio de Janeiro - MPRJ e posteriormente arquivados. Atendendo à recomendação da Comissão Interamericana, em 2012 o MPRJ efetivou o desarquivamento do inquérito da chacina de 1995 e, no ano seguinte, o do caso anterior. Em maio de 2013, o MPRJ denunciou seis policiais – quatro civis e dois militares – pelas treze mortes de 1994. Em 2015, o MP arquivou o inquérito sobre a chacina de 1995, por entender que as mortes foram decorrentes de tiroteio.

Depois de quinze anos tramitando na Comissão, o caso recebeu sentença da Corte em fevereiro de 2017. Pela decisão, o governo brasileiro teve prazo de um ano após sua cientificação, e esgotado em 11 de maio de 2018, para reabrir as investigações sobre as duas chacinas ocorridas em 1994 e 1995

anterior. De maneira especial, e com as recomendações pertinentes, indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças”.

³ Cf. Relatório da Sentença da referida Corte, datada de 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf.

na comunidade Nova Brasília, durante operações policiais no Rio de Janeiro⁴. Além disso, terá que pagar indenização a cerca de 80 pessoas. Em cada chacinna foram mortos treze jovens. Consta que esta é a primeira sentença em que o Brasil é condenado pela Corte da OEA por violência policial⁵.

Por sua vez, a iniciativa legislativa parece ter sido motivada pelo conteúdo dos itens 16 e 19 da Sentença, como adiante se vê:

“16. O Estado, no prazo de um ano contado a partir da notificação da presente Sentença, deverá estabelecer os mecanismos normativos necessários para que, na hipótese de supostas mortes, tortura ou violência sexual decorrentes de intervenção policial, em que prima facie policiais apareçam como possíveis acusados, desde a notitia criminis se delegue a investigação a um órgão independente e diferente da força pública envolvida no incidente, como uma autoridade judicial ou o Ministério Público, assistido por pessoal policial, técnico criminalístico e administrativo alheio ao órgão de segurança a que pertença o possível acusado, ou acusados, em conformidade com os parágrafos 318 e 319 da presente Sentença”
(...)

“19. O Estado deverá adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias para permitir às vítimas de delitos ou a seus familiares participar de maneira formal e efetiva da investigação de delitos conduzida pela polícia ou pelo Ministério Público, no sentido disposto no parágrafo 329 da presente Sentença”.

⁴ Como é bastante comum no Brasil, após o esgotamento do prazo surgiu a notícia da reabertura das investigações. Cf. nota divulgada no dia 9.7.2018 pelo MPRJ em seu website: <https://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/62510>. Ainda de acordo com o documento: “A comissão analisou as medidas a serem adotadas para a execução da sentença, naquilo que é de atribuição da instituição. Também está em análise o aperfeiçoamento da atuação ministerial no controle externo da atividade policial, especialmente, em relação à apuração de delitos cometidos por forças de segurança do Estado. As ações adotadas serão informadas ao Ministério de Direitos Humanos (MDH). O procurador-geral de Justiça designou o Grupo de Atuação Especializada em Segurança Pública (GAESP/MPRJ) para conduzir as investigações”.

⁵ Cf. Agência Brasil, em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-05/estado-brasileiro-e-condenado-na-corte-idh-por-chacinas-na-favela>. Acessado em 9.jul.2018.

O PLS vem à tona num momento em que se avançam os debates na Câmara dos Deputados em torno do texto do Anteprojeto de um novo CPP, oriundo do Senado Federal, com base no trabalho de uma comissão de juristas. Nesse cenário, torna-se relevante avaliar como o PLS se enquadra não somente no arcabouço legislativo atual como também no que se está arquitetando.

1 Investigação do Ministério Público em Crimes Atribuídos a Agentes de Segurança Pública

O PLS insere o art.5º-A no CPP, com a seguinte proposta de redação:

“Art.5º-A. A investigação da infração penal será atribuição do órgão do Ministério Público competente se houver suspeita de autoria por parte de agentes dos órgãos da segurança pública, no exercício de suas funções.

§1º. O Ministério Público poderá requisitar os exames periciais necessários à apuração do fato diretamente à polícia técnico-científica.

§2º. Caso a suspeita de que trata o caput deste artigo se verifique após iniciado o inquérito, a autoridade policial encaminhará os autos, em até quarenta e oito horas, ao Ministério Público, que assumirá a investigação.

§3º. Caso, na hipótese do §2º, não ocorra o encaminhamento, o Ministério Público avocará a respectiva investigação e a autoridade policial responderá pela omissão”.

É louvável a preocupação do legislador em enfrentar uma das grandes mazelas na segurança pública brasileira: a criminalidade que historicamente contamina a atuação dos órgãos de segurança pública e que vai de corrupção e prevaricação alcançando condutas extremamente graves como abusos, torturas e homicídios. Este também é um dos pontos em que o controle externo da atividade policial desempenhado pelo Ministério Público não tem alcançado os resultados desejados.

Entretanto, o projeto de lei não é o modo mais operoso para alcançar esse objetivo. É que a redação do *caput* abre espaço para uma interpretação restritiva do poder investigatório do MP, isto é, os Tribunais podem passar a entender que o poder investigatório do MP estará limitado a casos de infrações penais atribuídas a agentes dos órgãos de segurança pública, excluindo, portanto, todos os demais. É bem certo que o STF, em reiterados julgados, tem não só sedimentado a legitimidade constitucional do poder investigatório do MP como também apontado que os crimes praticados no contexto in-

dicado pelo PLS merecem a concentração de esforços do MP⁶, porém, isso não pode constituir-se no único campo de atuação investigativa da instituição e a isso o STF não se reportou. Priorizar, ou que seja, dar mais atenção está longe de significar qualquer espécie de exclusividade. Outras tantas manifestações de criminalidade, como as de corrupção em outros setores da administração pública, e que de qualquer maneira até podem estar relacionadas a violência policial, viriam a ser afastadas da atuação investigatória do MP. Trata-se, enfim, de um grande risco de retrocesso para o MP e, sobretudo, para a sociedade brasileira.

Para além do problema de gênese, capaz de gerar uma violação à prerrogativa constitucional do MP de promover uma investigação criminal direta, emergem outras questões laterais, desta feita, de matiz técnico-jurídica. Nesse cenário, tem-se que o §1º se revela desnecessário, isto porque a Lei n.º8625/93 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e outras normas correlatas já dispõem sobre o poder de requisição do MP⁷. Outrossim, o trecho em que se diz que o MP “*assumirá a investigação*” não deve significar que o IP passará a ser conduzido pelo MP, sob pena de aprofundar-se – quiçá de modo irremediável - a distorção sistêmica. O IP é um procedimento típico da polícia judiciária. Caberá ao MP promover uma espécie de arquivamento indireto do IP, utilizando os documentos ali contidos, no todo ou em parte, para instaurar o seu próprio procedimento interno, conhecido como Procedimento Investigatório Criminal – PIC (art.1º, Resolução CNMP n.º181/2017).

Por sua vez, os §§2º e 3º parecem de difícil aplicação. Como a discricionariedade na condução do IP ainda é a tônica na investigação criminal produzida pela polícia judiciária, vê-se que é um tanto difícil identificar, salvo nos casos de flagrante delito, o momento em que uma mera suspeita sobre um agente de segurança pública pode surgir na investigação. Nem sempre suspeitas se registram em atos documentados, isto é, elas permanecem como uma cogitação da autoridade responsável pela investigação.

⁶ Nesse sentido, vejam-se: HC 84.965/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes; HC 85.419/RJ, Rel. Min. Celso de Mello; HC 87.610/SC, Rel. Min. Celso de Mello; HC 90.099/RS, Rel. Min. Celso de Mello; HC 91.613/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes; HC 93.930/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes; HC 94.173/BA, Rel. Min. Celso de Mello; HC 97.969/RS, Rel. Min. Ayres Britto; HC 107.066-AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello; RE 468.523/SC, Rel. Min. Ellen Gracie, dentre outros.

⁷ A propósito, veja-se o art.26, inciso I, alínea “b”, da LONMP.

Uma menção a um agente de segurança pública feita por uma testemunha, por exemplo, não implica automaticamente em suspeita sobre ele.

Cuida-se aqui, em verdade, de uma hipótese eventualmente elaborada pela autoridade que dirige a investigação. Nestes termos, ao fim e ao cabo, caberá à própria autoridade policial explicitar de alguma maneira a suspeita que ela alimenta sobre qualquer investigado. E no entanto, não se pode esquecer que inexistente qualquer mecanismo de controle sobre esse ato, razão pela qual, reforçamos, os dois parágrafos parecem de difícil aplicação prática. Não há, pois, qualquer garantia de que a avocação a cargo do MP possa ocorrer em momento oportuno. Tal como elaborados, os dois dispositivos têm potencial de acirrar ainda mais as zonas de atrito nas relações institucionais-funcionais entre o MP e as polícias judiciárias.

O texto se reporta genericamente a *“agentes dos órgãos da segurança pública”*. A referência expressa ao exercício das funções como requisito para a intervenção do MP, é certo, se mostra pertinente. Entretanto, também parece seguro esperar que se questione se ali devem ser incluídos os agentes das guardas municipais. É que as guardas municipais não estão arroladas nos incisos do art. 144, da Constituição Federal, como órgão da segurança pública, mas o mesmo dispositivo a elas se dirige no §8º, *“destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei”*. E seja como for, sabe-se que, desde algum tempo, as guardas municipais tem se imiscuído nas atribuições das polícias militares e até mesmo das civis.

E por último, uma questão de ordem prática. Pode surgir algum problema na definição do órgão do Ministério Público responsável pela continuidade da investigação. A avocação e a efetiva continuidade da investigação podem ser atribuições de órgãos distintos dentro do MP. Afinal, a primeira está ligada ao exercício do controle externo da atividade policial ao passo que a segunda tem que ver com a de investigação criminal direta.

2 Intervenção da Vítima no Inquérito Policial

Outro ponto do PLS acrescenta parágrafos ao art.14, do CPP, com a seguinte proposta de redação:

“Art.14. ...

§1º. O ofendido poderá participar de maneira formal e efetiva da investigação, podendo, por meio de seu defensor, examinar os autos, oferecer informações, juntar provas, formular alegações, entre outras providências que julgarem úteis à investigação criminal.

§2º. No caso de morte do ofendido, o direito de que trata o §1º deste artigo poderá ser exercido pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

§2º. O direito de examinar os autos em andamento não abrange o acesso a peças e procedimentos declarados sigilosos, por ordem judicial”⁸.

De início, nota-se o erro técnico na sequência numérica dos parágrafos. De qualquer sorte, como se tratam de parágrafos, sua interpretação deve levar em conta sua posição dentro do dispositivo, isto é, a primazia da redação do *caput*, que permanece inalterada⁹. Assim, tem-se que as indicações do ofendido descritas no §1º continuarão à mercê do julgamento de conveniência da autoridade policial, segundo um critério de discricionariedade¹⁰ pautado pela utilidade da diligência para a investigação. Logo, não é o ofendido, mas a autoridade policial que deverá julgar a utilidade da providência para a investigação. Dito isto, vê-se que o texto apresenta uma contradição interna muito perigosa, permitindo interpretações dissonantes: uma primeira, e que nos parece mais acertada, a de que permanece intacta a discricionariedade da autoridade policial na condução da investigação no IP; uma segunda, que pode surgir com a entrada em vigor do texto tal como proposto, a de que o ofendido passa a ter um verdadeiro “*direito de intervenção*” na investigação, anulando, quanto às diligências requeridas, o juízo de discricionariedade da autoridade que investiga.

Neste último caso, a investigação policial se transmutará numa figura jurídica à imagem e semelhança do processo criminal, com impactos importantes na atividade judicial. E no entanto, diversamente dos países onde a

⁸ Há um erro gramatical de concordância entre “ofendido” e “julgarem”. Além disso, uma impropriedade técnica ao referir-se ao advogado do ofendido como “defensor”.

⁹ Diz o *caput*, do art.14, do CPP: “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”.

¹⁰ AVENA define discricionariedade no inquérito policial da seguinte maneira: “a perseguição, no inquérito policial, concentra-se na figura do delegado de polícia que, por isso mesmo, pode determinar ou postular, com discricionariedade, todas as diligências que julgar necessárias ao esclarecimento dos fatos. Isto quer dizer que, uma vez instaurado o inquérito, possui a autoridade policial liberdade para decidir acerca das providências pertinentes ao êxito da investigação” (in AVENA, Norberto. *Manual de Processo Penal*. 3ª ed. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6717-8/>).

investigação é conduzida pelo MP e se constitui uma etapa inicial do processo judicial, o inquérito policial permanecerá um procedimento administrativo e terá uma autoridade policial, desprovida daquele grau de independência almejado pela CIDH, a gerir uma atividade com forte influência e mesmo um direcionamento feito pelos intervenientes – ofendido e investigado. Finalmente, considerando que o PLS, neste ponto, está alcançando todo e qualquer inquérito policial, surgirá um descompasso de poderes de intervenção quando se tratar de apuração de crimes vagos. Ou caberá ao MP cumprir esse papel quando o bem jurídico for transindividual?

A propósito, o PLS também traz repercussões no exercício do controle externo da atividade policial pelo MP. Passando a investigação policial a um formato de verdadeira gestão compartilhada, envolvendo a autoridade policial, o ofendido e o investigado – mas sem o Ministério Público!, certamente se levantarão outros tantos questionamentos acerca daquele a ser responsabilizado por ações ilícitas e danos causados no âmbito da investigação.

A subsistência do juízo de discricionariedade da autoridade policial não significa que a intervenção da vítima esteja inviabilizada, da mesma maneira que a implantação de um verdadeiro contraditório, e antes disso, um “direito de prova”¹¹ na etapa de investigação não garante resultado prático algum. Afinal, esse juízo de conveniência e necessidade não pode ser compreendido como simples vontade do agente responsável pela investigação¹². O que se deve ter em vista, no fim das contas, é o bom andamento da persecução criminal, e que precisa estar sempre direcionada à elucidação dos fatos. Sob o horizonte normativo atual, para FISCHER e PACELLI, não há

¹¹ A expressão merece vir aspeada porque, no modelo de investigação criminal adotado entre nós, no qual o inquérito policial é uma atividade de natureza administrativa e pré-processual, não cabe falar em prova. A melhor doutrina se refere às evidências (*evidences*) coletadas na investigação como elementos de informação ou de convicção.

¹² *Discricionariedade, afinal, não se confunde com arbitrariedade. Nesse sentido, a lição de SANTOS: “Discricionariedade, é bom que se diga, nada tem que ver com arbitrariedade. A primeira é a possibilidade conferida ao agente público para, havendo vários caminhos distintos e amparados por lei, escolher aquele que melhor atenda ao interesse público e percorrê-lo. Não há qualquer reserva relativamente ao ato discricionário, eis que a própria lei autoriza o agente público a fazer um juízo de valor sobre sua conveniência e legalidade” (in SANTOS, Mauro Sérgio dos. Curso de Direito Administrativo [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4303-5/>.*

“razão alguma para o indeferimento, de plano, sem qualquer reflexão desapixonada, de medidas investigatórias apontadas, tanto pelo ofendido quanto pela defesa do investigado. O contraditório não pode ser entendido unicamente como um entrave ao bom andamento das investigações; ao contrário, conhecer-se, desde logo, um mais amplo arcabouço probatório, poderá facilitar sobremaneira o exercício da função estatal de persecução criminal (...) Embora, nos termos da Lei, caiba à autoridade policial deferir ou não a indicação de providências pela defesa e pelo ofendido, pensamos que o sistema de direitos fundamentais deduzido da Constituição da República autoriza entendimento em sentido contrário, desde que e sempre que a providência não causar tumulto ou embaraço às atividades de investigação”¹³.

Convém registrar que outros projetos legislativos prevêem uma participação igualmente efetiva do investigado, e sob essa perspectiva, somando-se a este projeto, corre-se o sério risco de transformar o IP em algo muito parecido com um juizado de instrução, porém, sem a figura do juiz. Em seu lugar, teríamos a autoridade policial, não mais como responsável pela investigação, mas reduzido a um gestor ou mero executor das diligências investigatórias indicadas pelo investigado e pelo ofendido, e assim, apequenando o papel da autoridade policial.

O §2º é um consectário do §1º, do art.24, do CPP. Portanto, sua inclusão se mostra também redundante.

Por sua vez, o §3º tem uma redação tortuosa. É que muitas diligências são sigilosas por força de lei, isto é, independentemente de declaração judicial. E já existe uma jurisprudência satisfatoriamente consolidada sobre a dinâmica do segredo e da publicidade em investigações criminais¹⁴.

Conclusão

O art. 27 do Anteprojeto do CPP, em sua redação originária do Senado Federal, deixa claro que *“a vítima, ou seu representante legal, e o investigado poderão requerer à autoridade policial a realização de qualquer diligência, que será efetuada, quando reconhecida a sua necessidade”*. E na hipótese de

¹³ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 9ª ed., [Minha Biblioteca], Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597010916/>

¹⁴ Com efeito, merece destaque nesse ponto a Súmula Vinculante n.º14, do STF.

rejeição, “o interessado poderá representar à autoridade policial superior ou ao Ministério Público”. Eis aqui um aspecto relevante. Ao mesmo tempo em que se preserva a discricionariedade da autoridade policial na condução do IP, que passa a ser orientada pelo “reconhecimento da necessidade da diligência”, uma avaliação que deverá ser explicitada pelo delegado de polícia, esse juízo de valor poderá ser revisto pelo MP, que doravante contará com uma ferramenta de intervenção na investigação antes de sua conclusão, e pela autoridade policial hierarquicamente superior. Afinal, como em qualquer ato de natureza administrativa, o juízo de discricionariedade não é absoluto.

Além disso, de acordo com o Anteprojeto, o MP permanecerá com sua prerrogativa de proceder a investigações criminais diretas, sem previsão de restrição por matéria, podendo fazê-lo independentemente da instauração prévia de um IP, seguida de uma imprevisível avocação, algo que estaria longe de agilizar uma intervenção de um órgão estatal diverso do organismo policial envolvido no episódio.

A sentença da Corte Interamericana mencionada no início deste trabalho aponta, no seu item 329¹⁵, que a legislação brasileira não teria nenhum dispositivo que garanta à vítima participação efetiva na investigação criminal. Discordamos dessa avaliação. A discricionariedade da autoridade policial não inibe uma formal e concreta participação da vítima. Entretanto, anular essa discricionariedade, como consequência de uma das interpretações possíveis com base no texto do PLS, é lançar o inquérito policial, e a investigação criminal como um todo, num terreno ainda desconhecido e com o qual o sistema judicial brasileiro não está familiarizado, daí decorrendo, como se pode presumir, consequências imprevisíveis.

Sem promover distorções no sistema, isto é, resguardando a característica de discricionariedade que deve permear uma investigação criminal,

¹⁵ Na íntegra: “329. No que concerne à criação de um mecanismo de participação de vítimas e organizações da sociedade civil em investigações de crimes decorrentes de violência policial, a Corte toma nota de que o Estado dispõe de normas que garantem a participação de um assistente de acusação em ações penais públicas. Sem prejuízo do exposto, não oferece nenhum marco legislativo que garanta a participação das partes na fase de investigação pela polícia ou pelo Ministério Público. Levando isso em conta e em atenção à sua jurisprudência sobre a participação das vítimas em todas as fases de investigação e do processo penal, 338 a Corte determina que o Estado adote as medidas legislativas, ou de outra natureza, necessárias para permitir que as vítimas de delitos ou seus familiares participem de maneira formal e efetiva da investigação criminal realizada pela polícia ou pelo Ministério Público, sem prejuízo da necessidade de reserva legal ou confidencialidade desses procedimentos”.

o Anteprojeto atende as determinações da Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH no “*Caso Favela Nova Brasília*”, parecendo-nos uma solução técnica e socialmente mais adequada para o enfrentamento do grave problema levantado, o drama da precariedade de investigação de episódios de violência policial.

A efetividade de uma participação da vítima e mesmo do investigado na investigação criminal tem muito mais que ver com a oportunização de acesso dos interessados à autoridade policial, por meio de uma assistência jurídica mais presente - isto é, algo como uma “democratização” do acesso às polícias - do que propriamente uma perigosa modificação no arranjo da estrutura da investigação criminal. E na hipótese de indeferimento injustificado da diligência sugerida, haja vista que a discricionariedade não é numa nota de natureza absoluta, a Carta Magna garante o acesso à justiça, como já tem ocorrido¹⁶.

Ao invés de contribuir para o propósito almejado, o PLS n.º135/2018, de uma só vez, traz um sério risco de engessar ainda mais o burocrático e não raras vezes ineficiente IP bem como restringir o poder investigatório do MP, motivos mais do que suficientes para que venha a ser rejeitado.

OLIVEIRA, M. V. A. de, Public Prosecutor’s Office, Victim and Police Inquiry: an Analysis of Senate Bill n. 135/2018. *Justitia*, São Paulo, v. 209/210/211/212, p. 22-33, Jan./Dec. 2017-2018.

- **ABSTRACT:** This paper provides a legal analysis of Senate Bill No. 135/2018, which assigns to the Public Prosecutor’s Office the responsibility of investigating crimes attributed to law enforcement agents and confers on the victim powers of intervention in the police investigation.
- **KEYWORDS:** Bill of Law. Federal Senate. Public Prosecutor’s Office. Victim. Police Inquiry.

¹⁶ Com esse entendimento, o STJ concedeu *habeas corpus* instando que a autoridade policial atendesse o requerimento de diligências feito por investigados. Em determinado trecho do acórdão, em referência ao inquérito policial, registrou-se o seguinte: “A lei processual, aliás, permite o requerimento de diligências. Decerto fica a diligência a juízo da autoridade policial, mas isso, obviamente, não impede possa o indiciado bater a outras portas. Se, tecnicamente, inexistente processo, tal não haverá de constituir empecilho a que se garantam direitos sensíveis – do ofendido, do indiciado, etc.” (STJ, 6ª t., HC 69405/SP, Rel. Min. Nilson Naves, j.23.10.2007).

Referências

- AVENA, Norberto. *Manual de Processo Penal*. 3ª ed., São Paulo: Método, 2015.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Sentença no Caso “Favela Nova Brasília vs. Brasil”*, de 16 de Fevereiro de 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf. Acessado em 9.7.2018.
- PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2017.
- SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado n.º 135/2018*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132702>. Acessado em 9.7.2018.

O Relacionamento Descartável como Portal da Criminalidade

Cássio Benvenuto de CASTRO*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 O start da relação afetiva no modelo pós-moderno. 1.1 O protagonismo do ser humano no Estado Constitucional (e a contramão no ciberespaço). 1.2 A experiência virtual como uma perigosa dupla face desterritorializada das relações afetivas. 2 Os efeitos criminais decorrentes da desterritorialização das relações afetivas. 2.1 O espaço virtual propício à maximização de interesses individuais (o legado econômico). 2.2 A hipervulnerabilidade do “não-lugar” eletrônico e o portal do crime. 2.3 Segue: *cases* de *cybercrimes*. Conclusão. Referências
- **RESUMO:** As relações elaboradas pela internet foram comemoradas como uma nova ferramenta de aproximação das pessoas. Comportamentos e gostos em comum puderam ser compartilhados. Inicialmente, a boa-fé e a confiança dominaram o circuito. O problema é que, no Brasil, país que ligeiramente adotou tal prática, diversos crimes são organizados no derredor do internetworking. A sextorsão, o golpe dos gravídicos, estelionatos e subtrações se valem da desterritorialização e do anonimato para driblar a morosidade das instituições. Daí que as vítimas acabam sendo literalmente descartadas, tanto pelos algozes como pelo Estado, na busca das reparações, ocasionando uma sobrevivitização aterradora da dignidade.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Família. Relacionamento. Rede social. Crime.

*Boa noite cinderela,
golpe de favela,
é coisa do passado,
a moda agora, no Brasil,
na lisura do canalha,*

* Juiz de direito no Rio Grande do Sul. Especialista em Ciências Criminais. Especialista em Direitos Fundamentais e Direito do Consumidor. Mestre em direito pela UFRGS. Doutorando em Direito pela UFRGS.

*demanda perfil fake, foto editada,
está na enganação do aplicativo,
na conversa tramada,
assalta com rostinho de artista,
na coloração estereotipada.
#salveopaís dofuturo quenuncachega
(Cássio Benvenuti de Castro)
A noite é longa, mas a mente voa.*

Introdução

Tinder, happn, luxy, badoo, facebook, instagram¹, dentre outros tantos aplicativos digitais aproximam *expectativas* das pessoas, porém, afastam a concretização espontânea das relações humanas. De fato, a relação afetiva é uma “aposta” – não se precisa secularizar o *até que a morte os separe* para perceber que a intenção do ser humano é pautada pela confiança, pelo sentimento de alteridade e, romanticamente, pelo gregarismo abalizado no amor.

Porém, a tecnologia deixou o amor e as expectativas à deriva.

As notas dos tempos atuais se frenetizam na desterritorialização, na liquefação das promessas e, sobretudo, na descartabilidade das pessoas (que se tornaram meros contatos). Em resumo, a *fila anda*, e trafega rapidamente. Nesse transcurso, modalidades criminosas ganham espaço naquilo que de mais vulnerável uma pessoa pode apresentar: a carência e a vontade de ser admirado ou gostado, verdadeiramente, por outrem.

Na medida em que as relações afetivas assumem uma baliza quantificadora – um jogo de quem tem mais pretendentes, a ambição do ostentador –, o perde-perde resta perigosamente estabelecido, e o medo toma conta das atuações. O que parecia seguro (teclar da própria casa e conhecer pessoas com gostos em comum) se transmuta em uma arma entregue

¹ Aplicativos de encontros são utilizados por pessoas com interesse em relacionamento. Daí ser natural uma maior “abertura” dialogal e comportamental dos integrantes, que chegam a divulgar fotos sensuais (ou até nudes), bem como catalogar conversações apimentadas sexualmente. Isso vulnerabiliza os sujeitos que possuem algo a perder – a família (para os casados) ou a profissão (para quem carece de uma postura mais rígida no ambiente de trabalho). Ver SYDOW, Spencer Toth. Cybercrimes: a sextorsão chega ao Brasil. *Revista dos Tribunais*, ano 107, set/2018, vol. 995, p. 660.

de bandeja para um desconhecido, abrindo ensanchas à crescente criminalidade cujo estopim é a conexão virtual.

Bauman sintetiza que “uma vez que a competição substitui a solidariedade, os indivíduos se veem abandonados aos seus próprios recursos – lamentavelmente escassos e evidentemente inadequados”².

O caos da criminalidade é facilitado pelo isolacionalismo e pela fragmentação dos sujeitos em relação ao seu habitat de segurança coletivo (os amigos de verdade). Daí a relevância da questão: a rede social frutifica o descarte (nisso, não haveria problema), mas ela abre o portal do crime para oportunistas que capturam a fragilidade dos usuários e que expõem a vida alheia à rotina estereotipada das fotos editadas e das alegorias irreais para um grande público que ridiculariza e sobrevitimiziza os incautos.

O concreto (aquilo que fica rasgando o tom do presente) é o crime, enquanto os tipos ideais criados pelos avatares se consomem na amargura de terem se encerrado em alguma espécie de golpe, e esperam, ansiosamente, para um futuro mais alvissareiro – ou milagroso, frente à morosidade das instituições. Pior resultado desse caos, o avatar quantificador de *likes* ou *crushes*, ferido e maculado, torna-se um ser humano cada vez mais isolado, carente, deveras recalcado, e que a contemporaneidade desterritorializada legou à deriva da própria má sorte de ter cruzado com um criminoso cibernético.

O presente ensaio reporta tipos criminosos que são facilmente articulados nessa nova dinâmica relacional. Uma espécie de direito decorrente das *contrarrelações*, oriundo da rapinagem das fotos editadas que se escudam no anonimato e aguardam as vítimas que são sobrevitimizadas por um judiciário conservador e por instituições nada céleres na tutela do inocente. O espaço virtual modifica todo o estado de coisas jurídicas, inclusive, na seara criminal – o *modus* digital se trata de um “não-lugar” propício para céleres investigas delitivas.

Tudo o que era sólido, tudo o que era romanticamente conquistador, e fincado em raízes entrincheiradas no poder da soberania, acaba se dissipando na incerteza do relativismo autorregulatório porque funcionalizado, porque tendente a valores que estão em tensão – relações descartáveis, no mais das vezes, oportunistas, bem ao gosto do jeitinho brasileiro.

² BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007, p. 74.

Não por acaso o Brasil é dos países mais adeptos das redes sociais.

Ou seja, a conduta normativista, fundada no legicentrismo, jusestatismo e formalismo interpretativo não acompanha, na atualidade, a dinamicidade dessas relações. A questão da competência é um entrave significativo, porque os sítios das redes sociais estão no exterior. Portanto, o direito que pauta uma estabilidade marcada, acaba por não afastar das regulações o que pode acontecer como novidade, deixando a descoberto inéditas relações jurídicas, sendo reflexo reluzente a modalidade do fenômeno da desterritorialização da relação jurídica – mormente, quando ela se torna criminosa, quando o alvitre patrimonial sobrepuja a dinâmica pessoal do direito de família

A única certeza que existe, no mundo atual, é a certeza da mudança – para tanto, o direito deve acompanhar as novas modalidades criminosas que abrem flanco a um patrimonialismo apoucador da pessoa. Ainda mais, na aldeia chamada Brasil, o *#paísdo futuro que nunca chega*.

1 O start da relação afetiva no modelo pós-moderno

A natureza das relações afetivas, tradicionalmente ditadas por investidas sexistas, acabava sendo ancorada de uma maneira espontânea, ocasional. Tratava-se de uma abordagem de homem perante a mulher (ou qualquer outra opção sexual), algo supervivente em pontualistas mulheres de outras gerações ou que, respeitosamente, clamam por um romantismo à beira do fenecimento.

A festejada independência feminista gerou efeitos em todas as direções.

O que não passava de quase um monólogo se dinamizou. A tecnologia impulsionou essa ideia. Daí que o mundo digital forneceu uma dialética frenética que arrefeceu a tradição estática de outrora, a tradição em que uma pessoa esperava por outra. Hoje, pessoas de qualquer opção sexual tomam a iniciativa arrojada em seus desejos.

Certo que as pessoas nascem e morrem sozinhas – mas se relacionam em profusão sinalgmática. Portanto, salutar que homens, mulheres, transexuais, homossexuais, bissexuais³, enfim, independente das opções de sexo e

³ Registra-se que não existe nenhum tipo de exclusão (para não falar preconceito) do signatário. Até por que o autor é pardo e com cabelo afro. As nomenclaturas são meramente exemplificativas, pois *#somostodosiguais*, independente de credo, opção sexual, tonalidade da pele, entre outros caracteres que nos fazem “únicos”, jamais diferentes.

de gênero, o que interessa é que as pessoas possam exercer suas escolhas e decisões com o respeito que a Constituição lhes garante.

O perigo está na espreita que o oportunismo digital apanha, de sorrateiro, qualquer pessoa desavisada e de boas intenções. O que parece uma ferramenta de aproximação, de *click-agreement*, um simples *app* de celular, ou qualquer meio virtual, pode se transformar em uma arma em busca de benefícios espúrios.

Com efeito, o *modus* moderno do direito privado, o modelo clássico dos séculos passados, é marcado pelo primado da soberania (direito advindo somente do Estado), através da qual as regras jurídicas positivadas interferem atributivamente na vida das pessoas. Nessa toada, o direito continua(va) sendo somente aquilo que é regulamentado pelo Estado e, desgraçadamente, manuseado pelos operadores à moda antiga.

Ou seja, o “como” as instituições tratam as normas não correspondem aos fatos – e os fatos, no panorama argumentativo atual, não podem ser desgarrados do “devenir” das normas; fatos e normas elaboram um contexto de parte e conjunto, de texto e contexto, de causa e efeito. Uma conclusão hipercíclica e infinita cujas premissas assumem relevância, na medida que o resultado pode ser algo inesperado: o crime, a sextorsão, o cyberoportunismo.

O vetusto esquema dicotômico dos códigos é matéria ultrapassada, porque a dinâmica das relações afetivas transbordou a previsão codificada nas normas. A competência para as instituições atuarem é um entrave, bem como a falta de tipos específicos se trata de uma brecha expressiva. Logo, concepções unitarizantes devem ser refratárias, na medida em que o modelo do pós-moderno é apenas uma: ser diferente do moderno. Assumir uma feição única, sem notas do certo ou do errado, mas com o reboque da prevenção contra desvios criminosos nesse percurso, cada vez mais perigoso, é medida imperativa.

Ora, se a matéria-prima se modificou, se as relações afetivas não expressam a confiança e a solidez de outrora, se o crime se imiscuiu nas relações, evidente que a metodologia da observação e dos julgamentos deve acompanhar tal evolução. O “como” analisar indícios ou “descobrir” fundamentação não pode, atualmente, ser o mesmo “como” atribuir imputações e justificar sentenças em uma modalidade *solve et repete* (decidir e, depois, justificar).

O direito não é (mais) algo sujeito a enquadramentos, trata-se de uma empresa que organiza critérios a serem universalizados.

Nisso, está o desafio das novas relações afetivas e o abalizamento jurídico que elas ensejam. Até por que a mecânica contemporânea está permi-

tindo a criminalização das relações domésticas e afetivas – o direito de família se sincretiza ao crime, na mesma velocidade que os impulsos fazem e desfazem afetos e desafetos.

1.1 O protagonismo do ser humano no Estado Constitucional (e a contramão no ciberespaço)

O alvitre da pós-modernidade é o “ser ou se tornar diferente” nas diversas relações do mundo moderno.

O pós-moderno assume formas e conceitos customizados, fora das concepções outrora reputadas “comuns” ou “normais” em um mundo do século passado. Os tipos ideais do milênio ultrajado não resistem à dinâmica inesperada – por ora, inverossímil ou contingencial – fincada em uma inédita natureza das coisas⁴. A concretude pós-moderna apresenta hipercomplexidades e efeitos cujas normas não estavam estaticamente previstas no modelo hermético dos códigos.

Embora sobrevivam, desgraçadamente, ideologias que somente vislumbram conceitos abstratos e com pretensão de imutabilidade, o Estado contemporâneo não somente tem que admitir novas as noções particularistas e pluralistas como também assumir a corrosão crescente do supedâneo vertical da soberania como produtora e recebedora de todas as forças jurídicas da atualidade. Zagrebelsky⁵ chega a comentar que forças corrosivas internas e externas implicam uma releitura da soberania, com ascensão da primazia do ser humano como o centro do pluralismo valorativo que unifica os sistemas jurídicos. Por exemplo: as contingências políticas fragmentadoras do poder central; a formação de centros alternativos de poder; os imperativos econômicos, ideológicos, religiosos e culturais, em dimensões que acabam por frag-

⁴ JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. Trad. Cláudia Lima Marques. Revista dos Tribunais, vol. 759, jan/1999, p. 25.

⁵ Idem, ibidem, p. 11. “Il progressivo passaggio dei diritti umani dall’ordine sociale all’ordine (anche) statuale, può essere descritto come ascesa della <persona> rispetto al <soggetto>; ma è anche ascesa dello stesso soggetto, da una condizione di soggezione a una condizione sempre più di centralità nell’ordine giuridico. Un <declínio> è quindi configurabile solo come riduzione di una posizione di prevalenza della nozione e della realtà giuridica del soggetto rispetto alla nozione e alla realtà della persona, non come perdita di sostanziale giuridicità”. OPPO, Giorgio. Declínio del soggetto e ascesa della persona. *Rivista di Diritto Civile*, anno XLVIII, n. 6, nov/dic 2002, p. 835.

mentar o próprio território; a neoinstitucionalização de contextos arregimentados por novos costumes e práticas, como o próprio comércio eletrônico; e a tendente supremacia de Tribunais supranacionais; cada questão influencia, à sua maneira, e compõe um circuito de forças que descentraliza o poder, para daí revalorizar o sentimento do ser humano como o início e o ponto de chegada das soluções jurídicas.

A internet chegou para implodir as certezas dos limites do soberano⁶.

A rede social, os aplicativos de celular e, por decorrência, os negócios e as relações afetivas, portanto, assumem formas e modalidades inéditas. Não por isso, o direito é vagaroso para regular tais manifestações, porque a integridade do sistema – através de valores e princípios – predispõe uma vasta gama de políticas e de paradigmas que apontam para soluções e decisões com base em critérios embasados em vetores que os novos problemas desencobrem.

Tudo sopesado, o direito atual convive com a desterritorialização⁷ das relações jurídicas, em especial, das relações afetivas, o que reflete um aspecto tecnológico altamente vinculado ao manejo da internet.

Isso tem um preço.

A desumanização ou a descartabilidade das relações, no debate entre Irti e Oppo, aponta para a desconfiança das pessoas entre si mesmas, e na desconfiança em relação ao próprio espaço virtual. O debate leva em conta dois aspectos⁸: a internet deixou de considerar a von-

⁶ O problema da contratação eletrônica é cultural e, também, dogmático: o fenômeno crescente dessa modalidade reclama uma normatização especial ou é possível se valer das normas já existentes para a solução dos casos jurídicos? A rigor, as perspectivas metodológicas do direito respondem à questão – o direito é produto da cultura, ele depende de um ambiente pré-dado; além disso, ele se vale de normas estruturadas, que podem atribuir novos valores, na medida em que inéditas situações da vida forem aparecendo. Ver MIRAGEM, Bruno Nubens. *Curso de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 504.

⁷ Ver CASTRO, Cássio Benvenutti de. Desterritorialização das relações jurídicas: efeitos para o direito privado. *Revista Jurídica*. São Paulo: Sage, nov/2017, vol. 481, *passim*.

⁸ A polêmica entre Irti e Oppo é clássica: o primeiro, defende a desumanização dos contratos, tendo em vista o perfil eletrônico, na medida em que o *click-agreement* resolve a significativa parcela das relações; de outro lado, Oppo aponta que a mensagem sempre parte de uma pessoa, tudo é impulsionado por uma pessoa, daí ser fundamental a humanização dos negócios no sentido de verificação das vontades imperantes. Em conclusão eclética, Parisi refere que os computadores são máquinas, são meios por intermédio dos quais as pessoas interagem. Assim, existe vontade e também o comportamento dela externado, devendo

tade das partes e, sobretudo, deixou de considerar a pessoa humana?

Ou, a internet apenas qualificou a vontade das partes, daí lhes atribuindo uma qualificação comportamental, como se fora cognitiva-comportamental?

De qualquer maneira, torna-se inaceitável uma formação jurídica formalista e fundamentada, unicamente, em conceitos outrora abalizados pela hermética codificada. Valores éticos, pluralistas, sobretudo, valores que contestam as noções modernas, hoje, sobrepujaram-se ao sistema em uma nova metódica jurídica.

Uma metodologia que açambarca as inéditas maneiras de se relacionar.

Assim, fala-se em medidas (métodos) de proteção contra esses riscos, a exemplo do contrato de namoro⁹ ou da união estável, fala-se em manutenção de relações pluriparentais, em socioafetividade, e, no que ora interessa, em ferramentas que identificam um portal para a crescente criminalidade que, pela tangente do sistema, acaba se apresentando no oportunismo de rapi-nagem que a rede social proporciona. Se *Tim Maia*, outrora, cantarolou que “só não pode homem com homem, nem mulher com mulher”, atualmente, *pode quase tudo* (menos as relações ortodoxas do passado).

O diferente se transformou em normal. Afinal, não existe normal ou diferente, existe autonomia da vontade a ser respeitada.

Nesse sentido que se comenta que a condição humana é uma condição “social”, e não meramente estatal. O ser humano é um organismo em re-

ser analisada uma Gestalt resultante dessa sinergia. Ver KLEE, Antônia Espíndola. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 69/70.

⁹ O contrato de namoro consiste em uma blindagem que, pela autonomia da vontade dos sujeitos, afasta, em linha de princípio, os efeitos patrimoniais da união estável. Ele reflete a liquefação e a fragmentação das relações afetivas, sendo que muitas delas são preordenadas por propósitos meramente patrimoniais, e não pessoais – uma situação limítrofe ao caráter criminal dessas condutas. “É certo que o namoro contemporâneo comporta experiências que antigamente só eram realizadas após o casamento e, além disso, não é mais entendido como um período experimental anterior ao casamento, podendo ser um mero relacionamento sem compromisso de constituir uma família. Dessa forma, o namoro tem um significado atual que destoa da visão clássica de anos atrás, sendo confundido inúmeras vezes com o instituto da união estável, trazendo consequências jurídicas”. Necessário distinguir e se valer do behaviorismo que aponta para a real intenção dos consortes, o que fica ainda mais ressaltado com o contrato. Ver REIS, Jordana Maria Mathias dos; ALMEIDA, José Luiz Gavião. Contrato de namoro. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 93, 2018, p. 75.

lações e para relações, sendo que o direito é nota instrumental ao ser humano – não o contrário.

Portanto, Giorgio Oppo¹⁰ é contundente ao resumir que a juridicidade que regulamenta as relações sociais não pode ser confundida com o poder estatal. O Estado não é apenas uma relação entre os indivíduos, antes o Estado é uma ferramenta que tutela as relações humanas sem, contudo, retirar a essência humana que, naturalmente, pode evoluir e organizar novas tendências contratuais, ou relações jurídicas ainda não previstas.

Logo, se a modernidade enfatizou esquemas dicotômicos e com pretensão de perenidade, a pós-modernidade se movimenta na dinâmica da velocidade do tempo-espaço. Aliás, a única certeza do pós-moderno é que tudo é passageiro, tudo é dinâmico, hipersensitivo, heterogêneo, repleto de particularidades, interdisciplinado, ou seja, comprometido com o pluralismo de valores em permanente tensão, e devedor de uma comunicação entre as fontes que estão cada vez mais abertas a novas ideias e sentimentos.

O comum, o igual não será negado, mas aparece como subsidiário, como menor, como uma contingência que vai ao encontro da contradição das premissas do sistema pós-moderno.

De qualquer maneira, as teorias da autoridade positiva, ou da ordenação objetiva dos valores, dentre outras, acabam cedendo espaços para uma nova composição das coisas jurídicas – na medida em que os objetos são dinâmicos e fugazes, na perspectiva que as pessoas já assumem o “presente” como um imaginário “entre-lugares” que está somente separando o passado e o futuro, o fundamento normativo está configurado pelo pluralismo metodológico, ou melhor, por um conjunto heterointegrado que reúne o direito posto e as novas composições *linkadas* nos comportamentos que se repetem como tendências de relações sociais cuja consciência está deprimida, está no divã, tentando entender se a humanidade está no início de uma nova era, ou no final de seus dias.

¹⁰ “Il progressivo passaggio dei diritti umani dall’ordine sociale all’ordine (anche) statuale, può essere descritto come ascesa della <persona> rispetto al <soggetto>; ma è anche ascesa dello stesso soggetto, da una condizione di soggezione a una condizione sempre più di centralità nell’ordine giuridico. Um <declínio> è quindi configurabile solo come riduzione di una posizione di prevalenza della nozione e della realtà giuridica del soggetto rispetto alla nozione e alla realtà della persona, non come perdita di sostanziale giuridicità”. OPPO, Giorgio. Declinio del soggetto e ascesa della persona. *Rivista di Diritto Civile*, anno XLVIII, n. 6, nov/dic 2002, p. 835.

O fundamental é visualizar o ponto de partida e o ponto de chegada dessa hiper performance jurídica, que decorre da cultura pós-moderna.

O Estado Constitucional tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF). Por entre a dignidade e os valores a serem atingidos, está a desterritorialização das relações jurídicas – nisso, a importância de um “modo-de-ser” que permita avistar as novas relações e os crimes que disso podem eclodir, o que não fere o princípio da tipicidade ou da legalidade, apenas movimenta o “como” avistar a natureza das coisas em um mundo cada vez mais dinâmico.

1.2 A experiência virtual como uma perigosa dupla face desterritorializada das relações afetivas

Lorenzetti chega a comentar que “se a norma se refere ao lugar ou ao tempo, e essas noções mudam, pode ser produzida sensível desestruturação do direito. Existe um novo espaço: o cibernético (ciberespaço), diferente do espaço físico, com uma arquitetura caracterizada por sua maleabilidade, posto que qualquer um pode redefinir códigos e interagir neste espaço, o que converte em um objeto refratário às regras legais, as quais levam em conta tais elementos para decidir numerosos aspectos jurídicos”¹¹.

Em realidade, o ciberespaço é um “não-lugar”, quer dizer, um veículo não palpável aos sentidos e sentimentos modernos, um desenquadramento das estruturas inerciais de outrora, tanto que a relação de tempo e espaço assumem dimensões não pontuais. Ao contrário do hermetismo formalista, o direito não demanda meros enquadramentos, antes reclama critérios para ancorar soluções hipercomplexas e contingentes. Ou melhor, o tempo e o espaço estão fragmentados na velocidade que a internet as relações jurídicas que ela implica são imediatistas e concomitantes.

O regime espaço-temporal, outrora uma essência das relações jurídicas, torna-se uma contingência de objetivos a serem alcançados – sejam objetivos econômicos, sexuais, comunicativos, religiosos, ou, inclusive, criminosos.

O que se pretende, assim, é demonstrar que os operadores do direito devem estar preparados para lidar com velhos conceitos ou definições, porém, através de uma nova metodologia de trabalho. Um “como” fazer as pre-

¹¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial*: fundamentos de direito. 2ª ed. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 50.

missas dialogarem enquanto um processo social e moral em diuturna construção. Isso é direito: um processo de estabilidade marcada que segue os passos contínuos da sociedade, um movimento eminentemente cultural.

Seja no mercado, no direito de família, ou no direito criminal que se entranhou nas relações domésticas-afetivas. O exame dos particularismos é abstrato em sua origem, a título de sistematização, contudo, é sincrético na solução das contendas cada vez mais complexas – porque nada mais é absolutamente depurado em um ou em outro compartimento jurídico, tudo se intercomunica.

A relativização do “não-lugar” espaço-tempo, na matriz digital, remete a uma metodologia de trabalho que reflita, com coragem e veemência, sobre esse pluralismo identificado. Os clássicos cânones da aplicação hermética de normas – como a hierarquia, a especialidade, a cronologia, a gramática – acabaram se tornando pontos de vista auxiliares, secundários.

Em primeiro lugar, porque uma metódica contemporânea não dispensa uma separação ortodoxa do fato e do direito; em segundo lugar, porque o fenômeno da desconstrução dos limites espaço-temporalmente, outrora absolutos, reclama um diálogo entre as fontes para que as funções, para que as finalidades das programações sociais sejam, juridicamente, também respaldadas pela maneira de compreender e aplicar o direito.

O fenômeno da desterritorialização¹² reflete, no direito, uma nova estrutura de um sistema social, ou uma desestruturação do classicismo da modernidade. Justamente, Luhmann reitera, desde seus primeiros escritos, que a sociedade é um sistema e o direito deve responder, com elasticidade, às reformulações desse sistema – que está em constante transformação. “No decorrer do desenvolvimento social em direção à complexidade mais elevada, o direito tem que abstrair-se crescentemente, tem que adquirir uma elasticidade conceitual-interpretativa para abranger situações heterogêneas, tem que ser modificável através de decisões, ou seja: tem que tornar-se direito positivo”¹³.

Em escritos mais recentes, Luhmann deixou ainda mais clara a noção de “abertura” do sistema, para o atingimento de finalidades.

¹² Cássio Benvenutti de Castro, *op. cit.*, *passim*.

¹³ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 15.

A internet¹⁴ deixou de ser um meio de comunicação para se transformar em um *modo-de-viver*.

Nas relações afetivas ocorreu o mesmo. Porém, em grande medida, as pessoas coisificaram ou transmutaram as pessoas em personagens de “teclagem”.

Acabou o amor?

Talvez.

Uma conclusão que é pessoal, depende da vivência experimentada por cada vivente.

O que não se pode negar é que um casamento não tem durado mais que cinco ou três anos, e que os namoros perdem espaços para a ficção. Espécies que reclamam atenção da repercussão da *law and economics* no direito de família – além das mazelas criminais que os encontros virtuais, céleres e inúmeros acabam por despertar. Afinal, o Brasil é o país do jeitinho, e o esconderijo do “perfil *fake*” constrói a glória do delito de rapinagem (seja o crime praticado por homens ou mulheres).

Com efeito, se a sociedade está em constante movimento, o que sobra nisso tudo?

A saída é tender para o desforço metodológico, no sentido de estabelecer uma imperatividade que encerra a inerente tensão de valores mínimos que, em alguma medida, mantenham uma previsibilidade nas relações.

O ponto de contato entre o movimento cultural pluralista e o direito são os valores. Porque falar em cultura é falar em valores. Ainda, o direito atual, o direito do Estado Constitucional reclama uma posição e uma positivação cuja regra de reconhecimento advém de pautas éticas. Em outras palavras: o direito se aproximou da moral.

¹⁴ O ambiente virtual – o “não-lugar” palpável – ocasiona a desvinculação entre a mensagem e o instrumento ou meio pelo qual a mensagem é transmitida. O que importa é o resultado, o atingimento da finalidade, ou seja, a celeridade e a precisão na transmissão da mensagem. O resto é contingência que pode ser recuperada em um organismo que, embora liquefeito, pode ser reprimado porque deixa rastros de reiperseção tecnológica. Ou seja, a linguagem da internet é tão dinâmica quanto rastreável, daí que o próprio fenômeno da confiança assume uma dupla via: atende aos clássicos ditames da boa-fé, mas, também está encerrado na possibilidade de *back up* ou de recuperação daquilo que tenha sido informado. Ver GARCIA JR., Armando Alvares. *Contratos via internet*. São Paulo: Aduaneiras, 2007, p. 25/6.

Por isso que, para além da técnica, é necessária a ética, a alma, o retorno dos sentimentos – embora, o que mais se verifica é a mercantilização do sentimento.

A metódica estruturante (Müller) e o diálogo das fontes (Jayme), que, respeitosamente, em grande medida evoluem aspectos das teorias dos sistemas desde Parsons, Luhmann e Teubner, fornecem encerramentos de regulação jurídica significativos para ajudar a resolver diversos problemas jurídicos que se apresentam, pelo menos, no cenário brasileiro.

A desterritorialização é diretamente proporcional à desregulamentação¹⁵ das relações. Daí que tais fenômenos estão marcados pela ubiquidade (possibilidade de estar em mais de um lugar ao mesmo tempo), pela dinamicidade (aceleração das relações) e pela liberdade. Com a relativização dos conceitos do objeto e do sujeito, porque tudo passa a depender da interação ou comunicação pluralista, assume relevo a nota metodológica que empresta previsibilidade (leia-se: qualificação jurídica) a situações tão díspares quanto aparentemente incertas.

O método pressupõe axiologia, ou seja, o *revival* da ética nas relações, o privilégio dos paradigmas consagrados como fundamentais. Tanto no combate à dinheirização das relações afetivas, como no combate ao crime que esmaga o sentimento em nome de uma cifra.

2 Os efeitos criminais decorrentes da desterritorialização das relações afetivas

As relações afetivas desencadeadas pela desterritorialização (cibernética/digital) facultam um campo aberto para emboscadas patrimoniais. Os usuários, conseqüentemente, elaboram novas configurações para a própria proteção patrimonial, seja no intuito de cobertura negocial como para os blindar da criminalidade.

Os perfis que, no florescer das redes sociais aparentavam uma descoberta e uma aparente “segurança”, pelo fato de descobrirem amigos ou afinidades em comum, atualmente, tornaram-se iscas falseadas que escamoteiam oportunidades para cooptar vítimas de ataques preordenados.

¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 88.

No Brasil, a criminalidade de rua não chegava a ser “tão organizada”, há pouco tempo atrás.

O brasileiro não dispunha de cabedal de conhecimento para alavancar condutas que previssem causa-consequência tamanho danosas. Acontece que os usuários do ciberespaço se encerram em outro tipo de pessoas – indivíduos com formação, inclusive, acadêmica, e que se valem dos conhecimentos angariados pelo estudo e pela prática para o desgraçado terreno do oportunismo, concatenando-se em alcateias outrora não previstas pela criminalidade de rua.

Daí a dificuldade de se acreditar que algo pode acontecer errado, quando alguém encontra outrem em aplicativos eletrônicos.

Seria inverossímil!?

Na obra denominada *Poética*, Aristóteles¹⁶ refere que o impossível prende mais a atenção que o improvável.

Um exemplo é autoexplicativo.

No filme *ET – O Extraterrestre*, da década de 1980, parece impossível que uma criatura daquelas se hospede na casa de um ser humano, porém, é provável que, no caso do ET se hospedar, mesmo, ele queira entrar em contato com os seus pares (*ET phone home*). Por isso que essa película foi um sucesso bombástico.

A impossibilidade na contrapartida da probabilidade.

De outro lado, é possível que um avião apresente um problema e comece a despencar dos céus. Contudo, torna-se improvável que algum passageiro leia todo o manual de socorros, ligue para os bombeiros, e aprenda, por telefone, a pilotar a aeronave.

Isso seria um roteiro *batido*, sem graça, porque possível, mas improvável.

A rede social e seus derivativos de conhecer pessoas e persuadir relações afetivas tem disso: o perfil elaborado traz informações reputadas, aparentemente, fidedignas, sendo provável que tais agendas sejam fiéis ao usuário; contudo, é quase impossível ou inacreditável que um sujeito se valha da boa-fé do circuito para perpetrar crimes.

¹⁶ O estagirita formulou essas premissas há uns 2350 anos, no Liceu, que ele fundou, no centro de Atenas, como presente de Alexandre – O Grande; após Aristóteles ter sido injustiçado, e não ter herdado a “academia” de Platão, porque ele não era ateniense, mas natural de Estagira. Naquela época, tal naturalidade era equivalente à condição de um escravo (um objeto, um animal).

Mas, os crimes têm ocorrido com frequência. Independente da opção sexual. O curioso que a mulher se encorajou a praticar fatos outrora não imagináveis no mercado social. Assim como no trabalho, a mulher penetrou no crime.

O que parecia seguro, aquilo que despertava um alívio por conhecer afinidades e amigos, hoje, tornou-se perigoso, na medida em diversos casos de abusos e infidelidades informacionais são relatadas. Fatores que acabaram despertando o medo, a desconfiança, e inserindo o que seria “afetivo” no mercado da *law and economics* ou, propriamente, do crime sincretizado ao interesse unicamente particular do oportunista.

Um interesse pré-concebido, uma arapuca.

2.1 O espaço virtual propício à maximização de interesses individuais (o legado econômico)

O modelo econômico brasileiro, previsto pela Constituição e as normas reguladoras decorrentes, estabelecem um controle misto do espaço mercantil. Quer dizer, liberalismo e intervencionismo atuam em determinados assuntos programaticamente estudados, de maneira preservar a autonomia privada – vértice do capitalismo – nos limites pautados pelo sistema.

Em direito de família e nas relações jurídicas por ele reguladas, a economia também desempenha influência. Couto e Silva¹⁷ refere que o direito de família enseja relações pessoais e patrimoniais. O raciocínio clássico já definia as bases das instituições basilares da sociedade. Ocorre que, no *modo-de-ser* cibernético, resta evidente o individualismo dos sujeitos, o endeusamento das pessoas, que laboram donas de interesses particulares alheios à alteridade.

Vale dizer que o utilitarismo ganhou força.

Ou, na vertente da *law and economics*, o que “interessa é o interesse”, tanto que Posner refere que a tendência das pessoas é maximizar seus próprios interesses, a despeito da ética e da justiça, dentre outros valores eminentemente jurídicos. A rede social, os avatares desterritorializados, enfim, potencializam a prevalência do interesse por sobre o ser humano. Daí que, para além da matriz pessoal e patrimonial, antevista por Couto e Sil-

¹⁷ SILVA, Clóvis do Couto e. A ordem jurídica e a economia. *Revista do Serviço Público*, vol. 110, 1982, *passim*.

va¹⁸, em 1982, no terceiro milênio, o direito de família e as relações afetivas, em especial, as descobertas pelo ciberespaço, também estão sujeitos a relações criminais – chame-se o crime de “relação ou de evento”, como se preferir.

O importante é que uma nova ordem mundial está despertada, porque não se sabe quem está editado por detrás das fotos dos perfis de relacionamento.

O problema das relações afetivas líquidas, escorregadias, descartáveis, que são desencadeadas pelos aplicativos de celular ou pela rede social dos computadores está nesse paradoxo: quando se pensa que é mais seguro conhecer uma pessoa por acesso a afinidades ou amigos em comum, mergulha-se em uma areia movediça de disfarces que atribuem periculosidade criminosa aos encontros, no mais das vezes, eventuais.

Inevitavelmente, o direito de família deve encarar tais relações como criminais.

Não bastasse a já classificada violência doméstica de gênero – também, um compartimento que pode ser atribuído como “familiar” –, a desterritorialização das relações afetivas apresenta um novo enfoque a ser investigado.

A economia reage ao direito e, na volta, também é implicado pelo direito. Relações recíprocas em uma cultura sincrética, de vasos comunicantes. Contudo, no crescimento do isolacionismo-particularismo dos seres humanos, ainda mais, em tempos de crise econômica, grassa o oportunismo de artífices criminosos nos espaços do anonimato digital. Porque o computador ou o celular aceitam tudo, desde fotos editadas a nomes falseados.

O problema é que a interdisciplinariedade entre direito e economia não corresponde à mera justaposição, antes implica um sincretismo hipercíclico¹⁹. A decisão jurídica deve sopesar o consequencialíssimo respaldado pela economia. Em direito de família – no especial, nessas relações afetivas descartáveis –, o aspecto econômico tem assumido protagonismo, bem ao contrário do ideal de subsidiariedade que os protagonistas da Escola de Chicago, inicialmente, elaboraram. Deveras, o que era para ser um ricochete, uma consequência, até uma contingência, transmutou-se em razão-de-ser de determinadas condutas.

¹⁸ SILVA, Clóvis do Couto e. A ordem jurídica e a economia. *Revista do Serviço Público*, vol. 110, 1982, *passim*.

¹⁹ PEGHINI, Aline Aparecida Santos Costa; MEYER-PLUG, Samantha Ribeiro. A teoria do direito: uma análise da influência do law and economics na construção do pós-positivismo. *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 191, 2018, *passim*.

Tudo sopesado, a “pegação” e a “ficação” entabuladas pela rede social retiram, no mais das vezes, o caráter pessoal da relação afetiva. O que aponta para uma patrimonialização crescente do direito, em suas conversas e relações interpessoais digitais.

Pior, os aplicativos acima exemplificados abrem o portal do crime aos usuários, uma vez que são manuseados com premeditação, procurando-se não uma pessoa com afinidades, antes um alvo para que seja praticado, por intermédio da internet e dos aplicativos digitais, o logro patrimonial. O usuário dos perfis de relações se insere em um circuito de vulnerabilidade.

O bombardeio de *crashes* e *likes* contagia e orgulha, em um primeiro momento.

Em decorrência, contudo, trata-se de um *click-agreement* perigoso cujo pivô delitivo figura como algo real, em um ambiente propício que não deixa rastros para as vítimas que se culpam mais que, propriamente, buscam a responsabilização dos culpados.

2.2 A hipervulnerabilidade do “não-lugar” eletrônico e o portal do crime

O art. 226 da Constituição estabelece a pluralidade exemplificativa das entidades familiares. Além disso, repercute que o afeto consiste o epicentro do circuito dessas relações, sendo contingentes as relações nas quais ele não se desenvolve – como a “ficação” ou a “pegação”²⁰.

Embora sem constituir uma entidade familiar clássica – o namoro, a “ficação” e a “pegação” –, ainda que desencadeadas pelos fortuitos encontros veiculados pela cibernética, tais fenômenos podem gerar efeitos civis ou, inclusive, criminais. Na realidade, é cada vez mais fácil identificar quando um crime acontece, facilitado pela utilização espúria da ferramenta.

O problema é que as pessoas não relatam, havendo uma cifra obscura de eventos, por ocasião da vergonha e do medo que as vítimas acabam sendo acometidas. O sentimento emocional de culpa, também, consiste em elemento de resignação da pessoa vitimada por um algoz cujo modelo de operação é digital. Alguns exemplos já tomaram parte do cotidiano – não estão adstritos ao sexo ou à opção sexual dos agentes, é tudo questão de oportunismo, bem à moda brasileira (o país do jeitinho).

²⁰ OLIVEIRA JR., Egnaldo dos Santos. Estelionato sentimental – a responsabilidade civil pela exploração econômica no curso do namoro: quando o amor paga a conta. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 78, 2017, *passim*.

A hipercomplexidade da pós-modernidade estipula uma vulnerabilidade emocional, patrimonial e pessoal.

O ser humano que manuseia a internet não sabe o que está por acontecer, tudo pode mudar, de uma hora para outra, e de um local para o outro. Em realidade, o local é o que menos importa, porque o vínculo de marcação da mínima estabilidade, para a relação jurídica, está na metodologia que estrutura normas e pauta a funcionalidade e os objetivos a serem alcançados.

As perspectivas metodológicas do direito, na atualidade, em especial, no tocante ao modo-de-vida internáutico, podem ser sintetizadas em duas ideias fundamentais: a natureza cultural do direito, ou seja, existe um ambiente pré-dado que, através da tradição, por intermédio das novidades sociais, estabelece uma natureza comum às coisas praticadas pelos grupos que marcam as relações jurídicas; além disso, as decisões jurídicas sempre estão pautadas em uma estruturação normativa, em normas jurídicas²¹.

Quer dizer que a “norma é mais do que um enunciado de linguagem que está no papel, a sua ‘aplicação’ não pode se esgotar somente na interpretação, na interpretação de um texto. Muito pelo contrário, trata-se da concretização, referida ao caso, dos dados fornecidos pelo programa da norma, pelo âmbito da norma e pelas peculiaridades do conjunto de fatos. A partir do conjunto de fatos do caso – não importando se ele deve ser decidido concretamente ou se ele apenas é imaginado – destacam-se como essenciais ao caso *aqueles* elementos que cabem no âmbito da norma e são apreendidos pelo seu. Programa da norma e âmbito da norma são, por sua vez, interpretados no mesmo processo de formação de hipóteses sobre a norma com vistas ao caso concreto e, no decurso desse processo, não raramente modificadas, clarificadas e aperfeiçoadas”²².

Realidade e direito, ou sociedade e normas encerram um “processo estruturado e estruturante” de soluções decisórias. Ou seja, por ocasião das normas apresentarem um âmbito de incidência que, avistados na perspectiva cultural (da tradição), demanda-se um constante circuito avaliativo que fir-

²¹ CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução à edição portuguesa, por Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. LXI.

²² MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 46.

ma tanto a importância da substancialização (observação dos novos ou inéditos fatos) como a criteriosa tensão entre os sentidos que podem ser conferidos a tais fatos – isso é possível através de um diálogo entre as fontes jurídicas, porque o ordenamento jurídico não positivou tudo o que acontece no “não-lugar” virtual.

Pelo contrário, a cada dia surgem novidades cuja valoração remete ao complemento metódico que transcende a mera analogia jurídica.

A teoria do diálogo das fontes vem ao encontro das metódica estruturante de Friedrich Müller, ainda mais, tratando-se do comércio eletrônico, temática majoritariamente utilizada pelas contratações massificadas que, atualmente, movimentam a economia que se esconde na afeição das relações afetivas.

Por “contingência”, nesses casos, entende-se o fato de que as possibilidades apontadas para as experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, “que essa indicação pode ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo, indo-se ao ponto determinado), não está lá está. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos”²³.

O “não-lugar”, a ubiquidade, a falência dos lugares privativos, a heterointegração, os particularismos, o descrédito resolutivo dos cânones ou das lógicas-formais, as transições velozes e os imediatismos, enfim, reconfiguram figuras jurídicas em todos os compartimentos do direito. Desde o direito das obrigações até o direito de família, inclusive, para o direito criminal.

A *internetworking* ou o ciberespaço deixou de ser um meio ou uma modalidade de encontros, trata-se de forma-de-viver.

Uma forma perigosa.

Nesse carrossel interminável de informações miscigenadas, díspares, concomitantes e, sobretudo, desmaterializadas dos átomos do corpo sensível do homem de carne e osso, perde importância investigar a regra jurídica estrita. De outro lado, ganha relevo saber que a interconectividade entre fatos e direito chega a não seguir regras prontas, esse pluralismo de valores e de diferenças, mesmo, possui espaços de autorregulação, o que demonstra

²³ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempos Brasileiro, 1983, p. 45/6.

um perfil aberto, movediço, dúctil, que ora se aproveita de normas prontas, ora apresenta uma experiência jurídica cujo modelo ou estado de coisas remete ao desempenho de uma função – uma finalidade social.

Daí a importância do realismo metodológico²⁴.

A supervivência da dogmática positivista trabalha com uma separação ou justaposição entre fatos e normas, entre ser e dever ser, entre texto da norma e normatividade. Com efeito, a maneira ortodoxa de resolver os problemas novos é a “adaptação”, é tentar ajustar as relações afetivas – por exemplo – àquilo que já existe no ordenamento. Sem possibilidades de lacunas, sem chances de tensões valorativas, porque, “questões jurídicas efetivamente em aberto não podem surgir. Cada nova questão jurídica da práxis já foi solucionada pelo sistema”, conforme a crítica de Friedrich Müller²⁵.

Na verdade, o Estado deve interferir com razoabilidade e suficiência quando as relações afetivas – em especial, as desterritorializadas – avançam para o terreno da criminalidade.

A dignidade da pessoa é uma empresa em construção, porque esse padrão de igualdade não é um dado da realidade, mas um objetivo a ser construído através de ações estatais positivas. Daniel Sarmento refere que “os mecanismos de jurisdição constitucional ao longo do século XX, conferiram ao Judiciário a possibilidade de exercer o controle sobre as ofensas aos direitos fundamentais perpetradas pelo próprio legislador. Assim, ao lado da igualdade perante a lei – que se destina ao aplicador da norma e veda que ele a empregue com discriminações ou favoritismos – tornou-se possível combater também a igualdade na lei, convertendo-se a isonomia em parâmetro de valoração de todos os atos normativos”²⁶. Para além da previsão de um con-

²⁴ “O direito é um modo de resolver casos concretos. Assim sendo, sempre teve uma particular aptidão para aderir à realidade: mesmo quando desamparado pela reflexão dos juristas, o direito foi, ao longo da história, procurando as soluções possíveis”. Portanto, qualquer estudo subentende problemas, supõe casos da vida, o que nem sempre se trata de um estado de coisas repetido. – aliás, a característica precípua da cibernética é a novidade: o “novo” é aquilo que faz sucesso, sendo desprezível o ato repetido, o caso já pensado, a virtualidade outrora viralizada. Ver CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução à edição portuguesa, por Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. XXIV.

²⁵ MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 44.

²⁶ Idem, ibidem, p. 193.

texto de normas jurídicas abstratas, a fundamentalidade material de tutela dos indivíduos dispensa a modalidade de ataque. Seja qual for a ofensa, ela deve ser prevenida e reprimida, naquilo que o direito penal pode contemplar nos desdobramentos das relações domésticas.

Os efeitos irradiantes ou as implicações decorrentes da fundamentalidade do dever de tutela, consoante Ferrajoli²⁷, encerra imposições de ordem normativa, pragmática e hermenêutica. O efeito normativo condiciona as regulamentações infraconstitucionais e derroga as normas que não se conforma ao sistema. O efeito pragmático enseja a organização de procedimentos e técnicas que devem ser entregues para efetivar a tutela do consumidor. O efeito hermenêutico²⁸ está na imposição da integração, da interpretação e da construção dos sentidos das normas de maneira adequada à unidade de sentidos funcionalizada à defesa do consumidor. Dessarte, falar em perspectiva objetiva ou subjetiva, em eficácia vertical ou horizontal, ou eficácia vertical com repercussão horizontal, bem como falar em multifuncionalidade dos direitos fundamentais, é uma terminologia alexyana²⁹ que ratifica as indicações polissêmicas da teoria de Ferrajóli. A teoria de um autor não precede à outra, o que interessa é consolidar que a elevação da defesa da pessoa como um direito fundamental e como um princípio reitor que torna imperiosa uma sistematização de normas e uma concretização de sentidos que preencha o compromisso da experiência jusconstitucional brasileira.

Falar em valores é ressaltar a cultura e, sobretudo, dizer que o direito reclama a aproximação da ética.

Vale repetir: o direito reclama a aproximação da ética. Justamente, a ética é uma inteligência compartilhada para a melhoria da convivência que, de tão importante, os principais valores estão previstos como direitos funda-

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. Teoria dos direitos fundamentais. Trad. Hermes Zaneti Júnior e Alexandre Salim. In FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 97 e seguintes.

²⁸ Os direitos privados, sobretudo os direitos que revelam o interesse social e o caráter de ordem pública, devem ser reconstruídos no processo e com um modo de ser do processo a partir das implicações determinadas pelos direitos fundamentais. Ver BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 73/5.

²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 520.

mentais. Nisso reside a grande mensagem das novas modalidades metodológicas estruturalistas: o paradigma ético ao qual o direito está conectado e através do qual está operando e resolvendo os problemas concretos.

A pós-modernidade e as relações hipercomplexas, sobretudo, desterritorializadas, abrem campo fértil para que diversas normas sejam manejadas para a regulamentação ou para a afirmação do vínculo de atributividade das relações jurídicas – outrora, meramente afetivas, hoje, com desdobramentos ou avanços para a criminalidade.

Os crimes decorrentes das relações afetivas anunciadas pelo *click-agreement* digital possuem os seguintes pressupostos:

Pressupostos dos crimes praticados por intermédio do <i>click-agreement</i> da rede social	a) o sujeito ativo (algoz) elabora um perfil <i>fake</i> ou um perfil editado para suprir a carência de determinada vítima pré-estudada;
	b) o sujeito passivo se trata de uma pessoa qualquer, que acredita na boa-fé dos usuários da rede social; logo, a vítima baixa a guarda e fornece dados legítimos e íntimos ao agressor;
	c) o móvel da busca não é afetivo, antes se trata de suprir um interesse patrimonial ou físico, um interesse passageiro e descartável;
	d) o desapego conduz o sujeito ativo à fragmentação e ao descarte de todas as suas condutas, ele não dispõe da alteridade e, assim, explora a confiança, a expectativa, a boa-fé, e a carência da vítima;
	e) o objeto perseguido não é construir relações, como pudera ter acontecido, no início das relações virtuais, porque a promiscuidade e a velocidade do tráfego permitiram que usuários se organizassem e formassem um modelo de operação que avança diretamente contra o alvo – o dinheiro, a exploração emocional, a expectativa dos desavisados;
	f) o manuseio de diversos dispositivos com nomes e descrições falsas, por intermédio de vários celulares, ou veiculação de dados por computadores fantasmas (<i>lan houses</i>); isso dificulta as ações institucionais repressoras, ainda mais que os sítios das redes sociais estão situadas no exterior;
	g) a vítima, geralmente, é alguém com um toque de vulnerabilidade, que não dispõe da liberalidade de reclamar para as instituições – leia-se, trata-se de pessoa casada, com filhos, que podem ser ameaçados pelo algoz, ou com alguma coisa a perder (emprego ou círculo de amigos que reprova esse tipo de relações, seja por preconceito ou outra sorte de experiência);
	h) não raramente, o sujeito ativo se vale das instituições – morosas e burocráticas – que permanecem laborando com metodologias axiomáticas ultrapassadas, e não acompanham o progresso do <i>networking</i> do atual ciberespaço.

Os pressupostos facultam estelionatos, extorsões, sequestros, ameaças, e golpes de diversos tipos. Crimes que estão previstos na legislação, mas

que surpreendem pela agilidade com que são cometidos, e pela cifra lacunosa do não registro.

As pessoas acabam não registrando tais condutas por diversos fatores: vergonha, sentimento de culpa, e pela própria vitimização do algoz, porque, não raramente, o sujeito ativo pratica o crime, some do raio de visão da vítima e, ainda, pode movimentar as instituições contra o prejudicado. De fato, polícia e demais instituições devem estar especializados no combate a essa modulação de condutas criminosas.

Do contrário, a vítima é sobrevivitimizada no espaço de rapina vulgarmente aplainado pelos agressores.

2.3 Segue: casos de cybercrimes

Diversos crimes povoam a criatividade dos agressores – ainda mais, tratando-se do jeitinho brasileiro de tirar dinheiro sem trabalhar.

Vale lembrar, dentre os mais comuns, por tudo o que foi elencado em termos de desterritorialização:

- a) A sextorsão, assim chamada, inclusive, pelo Boletim Geral em Medidas Especiais para Proteção contra a Exploração Sexual e Abuso Sexual da Onu, desde 2003, quando o algoz formula diálogos falsos ou fotos falsas das vítimas, chantageando-a para angariar privilégio econômico;
- b) O golpe dos gravídicos, do qual se valem os sujeitos sabedores das tênues linhas da Lei 11.804/2008, que indica serem precisos meros “indícios” para postular alimentos de outrem; com efeito, muitos juízes sequer tem conhecimento do exame de DNA pré-natal (perícia comum nos EUA) e, assim, conferem tutela a mulheres grávidas que forjam diálogos por WhatsApp ou por outros caminhos virtuais, ludibriando as pessoas com base na morosidade institucional;
- c) A subtração de dados, informações privilegiadas ou até dinheiro (seja real ou virtual), por intermédio de penetrações internauticas em dispositivos virtuais alheios;
- d) O cyberestelionato, quando o indivíduo vende produtos ou aluga espaços, porém, não entrega os objetos, utilizando-se de perfil falso e sumindo com o dinheiro alheio;
- e) Ameaças ou arrebatamentos violentadores que intimidam as vítimas, como exaurimento dos crimes antecedentes.

Os efeitos colaterais das relações digitais abrem o portal do crime.

Torna-se mais fácil, no anonimato das redes sociais, praticar condutas e lograr vantagens cujas instituições não estão preparadas ou agilizadas para

reprimir. Mormente no Brasil, onde a vítima é sobremaneira “culpada” ou sobrevivitizada pelo simples fato de estar em um “não-lugar” errado em uma “não-hora” errada. A culpa sempre é do outro, e o brasileiro comum que acaba pagando, desgraçadamente, essa indigesta conta.

Conclusão

A rede social foi concebida (e festejada) pela aparente oportunidade de aproximar as pessoas. Ultrapassado o frenesi inicial, condutas falseadoras, perfis editados e mentiras criadas passaram a tomar conta do espaço digital. O direito não permanece alheio a essa disseminação.

Inclusive, o direito de família (ou as relações domésticas, um termo, quiçá, mais amplo) está implicados pelo *networking* do *click-agreement* das redes sociais. Outrora, classificavam-se efeitos pessoais e patrimoniais, ao direito de família. Atualmente, evidente um caráter criminal a ser decorrente das relações “afetivas” ou “oportunistas”, porque, enfim, o crime se encerra em uma linha de domesticidade.

Como diria um mágico: quanto mais perto se vê, menos se enxerga; ou, o último a perceber que está dentro d’água é o peixe.

As breves linhas apontam para o perigo da rede social. Uma sorte de “soft law in action” *oppure* “l’attività dello diritto mitte”, que faz avançar o crime por sobre os velhos institutos depurados do direito de família (ou das famílias, art. 226 da CF).

Existe um sincretismo interdisciplinar entre economia, direito e criminalidade.

No especial, em um país que sobrevive entre crises, sobressaltadas por um saldo de “guerras” que dizimaram o país e foram denominados – pelos donos das refinaria – de “Copa do Mundo e de Olimpíadas”. No país do oportunismo, onde o suborno é conversa de novela, onde milícia domina a segurança pública, valer-se da rede social para articular crimes está virando nota comum, possível, ou melhor, provável e verossímil.

Quem não faz é minoria, ou não é *brazooca* da gema. Não precisa subir o morro, porque, em um *click*, o assalto estoura pela energia do inesperado.

Salve o Brasil das novelas – porque o real é deveras mais horrendo que o drama de Néelson Gonçalves.

CASTRO, C. B. de, The disposable relationship as a crime portal. *Justitia*, São Paulo, v. 209/210/211/212, p. 34-59, Jan./Dec. 2017-2018.

- **ABSTRACT:** The relationships elaborated by the Internet were celebrated as a new tool of approaching people. Shared behaviors and tastes could be shared. Initially, good faith and confidence dominated the circuit. The problem is that, in Brazil, a country that has slightly adopted this practice, several crimes are organized around the internetworking. The sex exposition, the pregnant scape, and others subtractions use the non place and the anonymity to avoid the slowness of institutions. Hence the victims are literally missed about themselves, both by the executioners and the state, in the search for reparations, causing a terrifying survival of dignity.
- **KEYWORDS:** Family. Relationship. Social network. Crime.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução à edição portuguesa, por Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- CASTRO, Cássio Benvenuto de. Desterritorialização das relações jurídicas: efeitos para o direito privado. *Revista Jurídica*. São Paulo: Sage, nov/2017, vol. 481.
- FERRAJOLI, Luigi. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Hermes Zaneti Júnior e Alexandre Salim. In FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- GARCIA JR., Armando Alvares. *Contratos via internet*. São Paulo: Aduaneiras, 2007.
- JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. Trad. Cláudia Lima Marques. *Revista dos Tribunais*, vol. 759, jan/1999.
- KLEE, Antônia Espíndola. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. 2ª ed. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MIRAGEM, Bruno Nubens. *Curso de Direito do Consumidor*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OPPO, Giorgio. Declínio del soggetto e ascesa della persona. *Rivista di Diritto Civile*, anno XLVIII, n. 6, nov/dic 2002.

PEGHINI, Aline Aparecida Santos Costa; MEYER-PLUG, Samantha Ribeiro. A teoria do direito: uma análise da influência do law and economics na construção do pós-positivismo. *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 191, 2018.

REIS, Jordana Maria Mathias dos; ALMEIDA, José Luiz Gavião. Contrato de namoro. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 93, 2018.

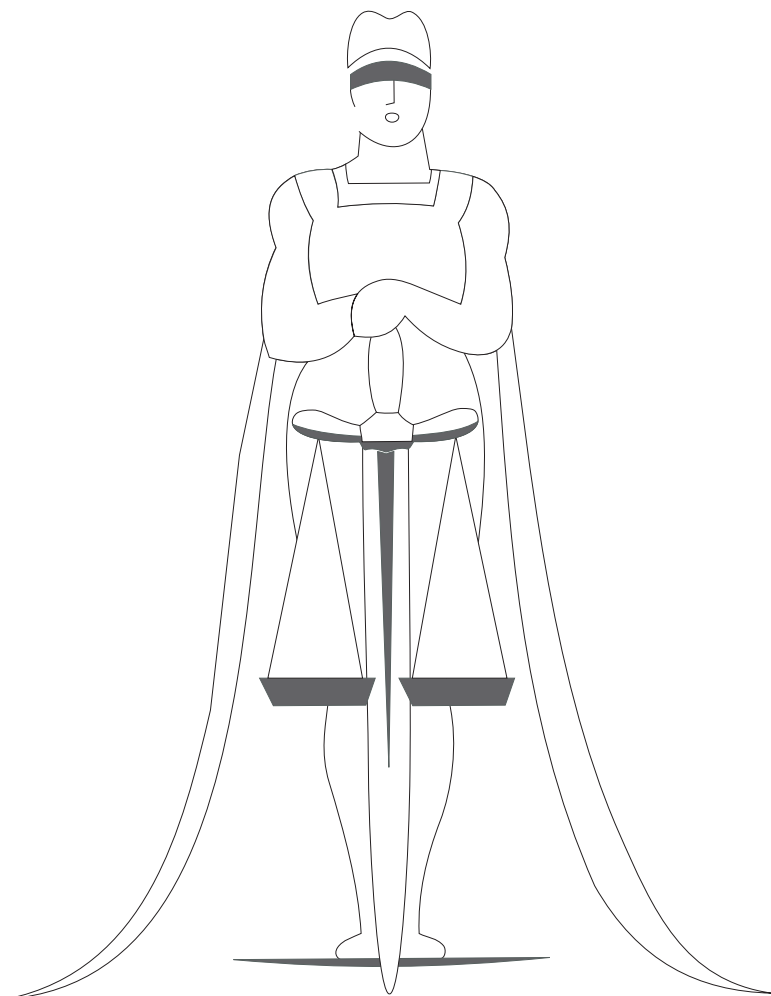
SILVA, Clóvis do Couto e. A ordem jurídica e a economia. *Revista do Serviço Público*, vol. 110, 1982.

SYDOW, Spencer Toth. Cybercrimes: a sextorsão chega ao Brasil. *Revista dos Tribunais*, ano 107, set/2018, vol. 995.

OLIVEIRA JR., Egnaldo dos Santos. Estelionato sentimental – a responsabilidade civil pela exploração econômica no curso do namoro: quando o amor paga a conta. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 78, 2017.

CÍVEL

CIVIL



A Tutela Jurisdicional como Polo Metodológico do Processo Civil

Cássio Benvenuto de CASTRO*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 O primado da tutela dos direitos. 2 O diálogo entre as fontes ou a reflexividade na perspectiva da tutela do direito com a técnica processual. Conclusão. Referências.
- **RESUMO:** O processo civil surpreende diferentes fases metodológicas, cada qual com um instituto nuclear que lhe implica uma série de consequências, tanto em termos teóricos como na dinâmica operativa ou no “modo-de-ser” do processo enquanto certame dinâmico. Daí que ressalva da tutela como polo metodológico, como princípio reitor ou enquanto vértice do sistema impulsiona o processo na perspectiva constitucional, sobretudo, aproximando-o das necessidades do direito material – das reais necessidades das pessoas do mundo real.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Processo civil. Tutela. Princípio. Metodologia.

Introdução

A corrente tecnicista ou processualista merecem encômios por terem separado, definitivamente, o processo do direito material. Contudo, promoveram um elastecimento de propósitos, ao se desprenderem dos legados teóricos do direito privado graças à obsessão depuratória e de neutralidade que o Estado Liberal e a obsessão da separação dos poderes implicavam. Dessa linhagem de pensamento, graças ao absenteísmo científico, que não permitia a comunicação das fontes, o processo se transmutou em um sistema operativa e cognitivamente fechado, daí se desgarrando da realidade social que o confere razão de existir.

O processo jamais pode desprezar o direito material, muito pelo contrário, dele está impregnado, a ele, o processo deve se adequar. Daí que tanto institucional como normativamente, vale dizer que reler as categorias do

* Juiz de direito no Rio Grande do Sul. Especialista em Ciências Criminais. Especialista em Direitos Fundamentais e Direito do Consumidor. Mestre em direito pela UFRGS. Doutorando em Direito pela UFRGS.

processo civil através da tutela desenvolvem uma dinamicidade outrora desprezada. As bases metodológicas são as seguintes: uma premissa institucional, que salienta o primado do dever de tutela dos direitos assumido pelo Estado brasileiro (o valor atribuído à satisfação dos direitos); e uma premissa dialética ou normativa, que salienta as figuras da teoria geral do direito aplicáveis ao processo civil – em especial, a conjugação dos fenômenos enquanto um valor de encontro no propósito de melhor entregar o bem da vida às pessoas.

1 O primado da tutela dos direitos

A hecatombe da grande guerra mundial¹ motivou os Estados nacionais a assumirem novas posturas institucionais (éticas, normativas, sociais, assim por diante) a partir da segunda metade do século XX. O que se denominou como uma evolução ou nova dimensão do constitucionalismo, de fato, pode ser compreendida enquanto uma forma de entender o próprio direito e de pautar formas de limitação do poder e o instrumentalizar com o foco na efetividade, agora em benefício da dignidade do ser humano, tendo o ser humano como o vértice de todas as demandas estatais.

O quadrante constitucional explicita uma verdadeira mutação funcional trabalhada, a partir de uma reforma estrutural, à medida que a abertura

¹ Existe um momento na história no qual a doutrina é unânime ao constatar uma ruptura de paradigma. Oportunidade em que se abandonam os rígidos valores do liberalismo clássico e a legalidade ganha um reforço de substância, de maneira que uma norma somente é considerada válida se consentânea aos princípios constitucionais. Assim, a legalidade passa a ser compreendida como a juridicidade e deve atender à força normativa afirmada pelos direitos fundamentais. Ferrajóli assegura que essa renovação acontece de maneira emblemática no “momento seguinte à catástrofe da segunda guerra mundial e à derrota do nazifascismo. No ambiente cultural e político no qual nasce o moderno constitucionalismo – a Carta da ONU de 1945, a Declaração universal dos direitos de 1948, a constituição italiana de 1948, a lei fundamental da República federal alemã de 1949 –, compreende-se que o princípio da mera legalidade, se é suficiente para garantir contra os abusos da jurisdição e da administração, é insuficiente para garantir contra os abusos da legislação e contra as involuções antiliberais e totalitárias dos supremos órgãos de decisão. E se redescobre, por isso, o significado de ‘constituição’, como limite e vínculo aos poderes público”. Finalmente, a Constituição e a normatividade dos direitos fundamentais passam a principiar e a enfeixar o direito, norteador soluções e abrindo o sistema de maneira regulativa a uma operação de concreção dos direitos no plano da realidade social, que está em constante mutação evolutiva. Ver FERRAJOLI, Luigi. *Direitos fundamentais. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Trad. Alexandre Salim; Alfredo Copetti Neto; Daniela Cademartori; Hermes Zaneti Júnior; Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 44.

do sistema jurídico é possível quando se admitiram novas matérias-primas normativas que, apesar de mais elásticas, em significativa solução de complexidade acabaram por deslocar o foco da controlabilidade² entre os poderes instituídos: ao invés de um esquema cravado pelo rigor formal das regras estritas e apoiado por uma metodologia silogística, onde se notava a prevalência da tarefa legislativa, hoje é atribuída força normativa aos princípios, aos critérios hermenêuticos, aos valores e aos postulados normativos aplicativos, tendo o direito assumido uma multifatorialidade.

Definitivamente, o direito como um todo – inclusive em termos de ordenamento – reclamou a presença de ferramentas que possibilitem um diálogo entre as fontes e a democratização dos escopos, enfim, reclamou a nota da multifuncionalidade, com a virtude de permitir a participação de todos os atores da entropia social para a articulação dos programas estatais, seja qual for a faceta do poder. Seja no legislativo, no administrativo ou no judicial.

Na época do liberalismo clássico do século XIX, desde que observado o processo legislativo para elaboração das leis, por uma questão de vigência, o legislativo praticamente tudo poderia. Tanto que seria possível o absurdo de colocar na lei que “não seria crime dizimar uma raça não ariana”, por exemplo. Diferente disso, felizmente, a segunda metade do século XX trouxe o sentimento que uma garantia formal de liberdade e de igualdade não bastava para assegurar a qualidade ou mesmo a vida das pessoas. Não bastava a questão de “vigência” para assegurar a aplicabilidade de uma regra. O direi-

² Em visão bastante atual, fazendo uma reconstrução dos remédios do constitucionalismo norte-americano, a doutrina contemporânea utiliza a denominação *substantive due process* como sendo “o princípio de garantia da liberdade em geral contra as arbitrariedades do Estado. Trata-se de disposição constitucional aberta (*open-ended constitutional provision*), que proíbe que se prejudiquem certos direitos, sobretudo os direitos fundamentais, a não ser por uma justificativa suficiente”. E salientando a multifuncionalidade do *substantive due process*, em ponto inerente à rotina da força normativa da Constituição brasileira, o autor assegura que o princípio do “devido processo substantivo não se confunde, do ponto de vista funcional, com os postulados da razoabilidade ou da proporcionalidade. É dotado de *funcionalidade própria e autônoma* em face dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Razoabilidade e proporcionalidade são cânones hermenêuticos ou postulados normativos aplicativos, que podem estruturar a interpretação e aplicação do princípio do devido processo substantivo, assim como de outras normas jurídicas, mormente constitucionais”. Ver MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, respectivamente, p. 84 e 128.

to é mais que isso, porque também carece dos valores e dos princípios que ilustram as instituições e os escopos de toda a sociedade.

Atualmente, é intuitivo que declarar uma liberdade ou uma igualdade formalmente sem, contudo, oferecer aos cidadãos os mecanismos reais para a sua outorga, consiste em uma demagógica proposta. As ações afirmativas soam notórias no atual quadrante constitucional. E quando se fala em valores, para além do dever ser (deontologia), é necessário contextualizar as influências do jurídico pela lente da cultura, com um aporte dos escopos que interpenetra por todo o sistema jurídico. Ou seja, imperioso fixar que os mais mezinhos a valores e princípios do sistema implicam, materialmente, uma perspectiva objetiva. Por sobre a velha máxima do direito abstrato e do direito concreto, o constitucionalismo do terceiro milênio reproduz o direito “mais-valia”, quando algumas questões jurídicas são impostas com prevalência sobre o próprio direito. Daí o primado dos direitos fundamentais como pedras de toque que apontam aos valores.

A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais supera o que seria a mera subjetivação deles, justamente, porque aponta às finalidades básicas da cultura que sustenta a dinâmica da Constituição. Uma perspectiva objetiva se direciona aos valores.

Nesses termos, Ingo Sarlet refere que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais significa uma “mais-valia jurídica, no sentido de um reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais, mais-valia esta que, por sua vez, pode ser aferida por meio das diversas categorias funcionais desenvolvidas na doutrina e na jurisprudência, que passaram a integrar a assim denominada perspectiva objetiva da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais e dentre as quais o reconhecimento de deveres de proteção (imperativos de tutela) assume um lugar de destaque, inclusive no que diz com sua repercussão na esfera jurídico-penal”³.

O importante é sedimentar que os *direitos fundamentais afirmam valores* e, assim, passam a incidir sobre a totalidade do ordenamento jurídico, iluminando todas as tarefas do legislativo, do executivo e do judiciário⁴, pe-

³ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EdiPucrs, 2008. p. 213.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 131.

culiaridade que os qualifica de direitos ubiquitários⁵. Disso se infere o caráter democrático e social do Estado brasileiro (e dos Estados nacionais articulados pelo constitucionalismo do pós-guerra), porque os poderes instituídos nesses e por esses Estados se reforça principiológica e valorativamente⁶. Vale dizer que as instituições estão vinculadas não somente à lei (como no liberalismo afrancesado), mas atendem a um esquema de “juridicidade” (bloco de normas que protegem os direitos), tanto quanto as próprias relações dos particulares entre si (eficácia horizontal e a eficácia vertical com repercussão lateral⁷).

A partir dessa percepção, intuitivo que o Estado constitucional consagra duas ordens de “juridicidade”: uma juridicidade no sentido formal, que trata da força normativa no sentido de vigência das normas (assim como fazia a velha legalidade clássica); e uma juridicidade que remete o operador a uma faceta substancial das normas, porque além de vigentes, as normas devem respeitar o conteúdo principiológico e valorativo previsto na Constituição. Somente a duplicidade formal e substancial confere validade, força normativa e, enfim, efetividade, às diretrizes jurídicas dos tempos atuais.

Relembrado tal panorama constitucional, agora se torna evidente remeter o intérprete ao vértice do sistema jurídico brasileiro. Ora, a base valorativa e para a qual se implica a força normativa dos direitos fundamentais está cravada no primeiro artigo da Constituição⁸. Em especial, a “dignidade

⁵ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 147.

⁶ Assente que os valores se diferenciam dos princípios e das regras. Assim como as regras, os princípios atuam no plano deontológico, no plano do dever-ser, e possuem natureza mais aberta que em relação às regras; de outro lado, os valores ilustram todas as normas do sistema – sejam elas regras ou princípios – e, portanto, subjazem a todas as tarefas estatais e, sobremaneira, estruturam e legitimam as políticas e suas opções públicas, tanto as de ordem genéricas como as de natureza casuística. A atuação em um plano axiológico afirma o que é o “melhor” e consta acertado democraticamente na Constituição. ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *RDA* 215. p. 165.

⁷ Marinoni, *Técnica*, op. cit., p. 181/7.

⁸ O dispositivo estabelece: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa

da pessoa humana” é o valor constitucional que merece primazia.

A dignidade da pessoa humana está colocada como vértice do sistema jurídico brasileiro, consiste no verdadeiro polo metodológico do que fora eleito como o “melhor” para a sociedade, sendo intuitivo que a partir dela o Estado tenha o dever de *proteção* dos cidadãos. A Constituição e o sistema normativo infraconstitucional não devem apenas oferecer eficácia de trincheira ou limitações negativas às manifestações do poder. O Estado deixou de ser um “inimigo” das pessoas, mas, sobretudo assumiu uma posição institucional complexa que se agita no sentido de proporcionar a todos, e de maneira efetiva, uma vida melhor, uma (sobre)vivência qualificada. Esse o verdadeiro sentido de sobrepor os direitos fundamentais à legislação infraconstitucional e dizer que tais direitos refletem os valores fundantes do ordenamento. A supremacia do direito no Estado constitucional⁹ remete os direitos funda-

humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

⁹ O Estado Constitucional não afirma um conceito pronto, mas recolhe um ponto de partida dos interesses comunitários para, como uma empresa em diuturna construção, elaborar uma estrutura de dois corações em direção às suas finalidades – o Estado Constitucional significa: o Estado de direito + o Estado democrático = busca das finalidades. Essa formação é uma empresa em construção e vem se condensando em diversos momentos que concretizam um momento subsequente na relação jurídico-constitucional entre o político e o jurídico. Ou seja, o modelo acaba por elaborar a “domesticação do domínio público pelo direito” que, na verdade, representa o “grau” de juridicidade atribuído ao controle da política. Se atualmente o Estado consiste em um esquema aceitável de racionalização institucional que organiza as sociedades modernas, o Estado Constitucional qualifica um modelo *plus*, como uma “tecnologia política de equilíbrio político-social”. Uma realidade engendrada pela teoria constitucional que, historicamente, perpassou três modelos basilares de supremacia do direito (ou “códigos de observação político-jurídico”):

- a) *Rule of law*: modelo que privilegia o *due process of law* em detrimento da legalidade, apesar de, em alguns casos, admitir a codificação. Utilizado na tradição *common law*, ele se fundamenta na *judicial review* para conferir a soberania do direito ao panorama social.
- b) *L'État legal*: modelo que utiliza a hierarquia piramidal do esquema Declaração, Constituição e lei para, desde uma perspectiva franco-liberal do final do século XVIII, privilegiar o princípio da legalidade em detrimento do devido processo legal. A França é o exemplo de “Estado Legal”, onde a supremacia do direito é ditada pelo parlamento.
- c) *Rechtsstaat*: desde o início do século XIX, a assimetriação do regime germânico estipula um modelo de supremacia constitucional do direito no qual houve a fixação de poderes para

mentais a uma posição de vantagem, porque representam o retrato normativo dos valores basilares do sistema. Se hoje dispomos de uma Constituição dirigente, é porque ela se abriu principiologicamente, de maneira a reunir diversas opções políticas e jurídicas em contínua dinamização, como se de alguma forma apaziguasse as normas submetidas a juízo ponderativo, quando elas forem conflitantes nos casos concretos (no processo, o exemplo corriqueiro da efetividade *versus* a segurança, que dialogam tanto em abstrato como em concreto). Trabalhar com essa dialética é pressuposto de qualquer ciência diretamente influenciada pela cultura.

No esquema do século XIX, o Estado era visualizado como o poder exclusivo para criar o direito-conceito, e a legalidade formal se estatuiu como um limite do poderio desse próprio genitor. Agora, a realidade é diversa, porque, além de não se permitir ao direito um regresso autofágico a marcos que logrem direitos fundamentais (petrificação das garantias), o que pode ser compreendido como uma pedra estrutural de toque é o compromisso funcional desse mesmo Estado em proporcionar medidas para efetivar – ou medidas tendentes à satisfação – os compromissos sociais assumidos com a totalidade dos indivíduos, através da ponderação dos interesses em permanente diálogo. O direito e, vale dizer, o próprio Estado como realidade institucional¹⁰, se tornaram mecanismos em diuturna mutação construtiva, uma empresa em construção.

controlar os atos e as normas por um Tribunal Constitucional. É um mecanismo também denominado de “austríaco”, cujo império do direito é assegurado através de instrumentos de salvaguarda do próprio sistema.

O Estado Constitucional é um modelo superveniente a tais modelos tradicionais, representa um *plus* a essas variações, seja porque reúne juridicidade+participação, seja porque está em permanente transformação, sempre em busca das finalidades que reputa *ótimas*, pois se trata de um mecanismo funcional-estrutural do constitucionalismo contemporâneo e da filosofia do direito. Ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 83/97.

¹⁰ A compreensão do direito como uma ordem normativa institucional e a feição do Estado enquanto ator e produto desse contexto é reflexo de uma postura jusfilosófica que apresenta não uma visão única das coisas, mas o confronto de diversas visões e dentre elas a eleição do concretamente melhor ou mais razoável. Ver MACCORMICK, Neil. *Prólogo: a teoria institucional e a perspectiva do legislador. Retórica e o Estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 3.

Na verdade, eles são instrumentais à proteção da civilidade e devem reproduzir com variações abstratas (legisladas) ou concretas (atos administrativos e tutela jurisdicional) o diálogo permanente no qual se ponderam os interesses conflitantes. Característica que reserva à velha legalidade estática uma distante recordação histórica¹¹. Tudo isso está a compor a tutela, a proteção, em um sentido amplo.

Um novo paradigma normativo e a decorrente metodologia concretista explicam a racionalidade da superação de uma visão monocromática dos direitos. A Constituição e a legislação infraconstitucional não asseguram meras garantias ou direitos de defesa, contra um algóz institucional. Bem ao contrário, assentada a abertura e a elasticidade do cenário normativo, ora reforçado pela necessidade contínua do diálogo entre as fontes, profícuas realidades que reclamam a democratização participativa da sociedade na formação das instituições e consequentemente do direito. Daí a multifuncionalidade dos direitos fundamentais – dentre os quais, o metadireito de proteção, o dever institucional de tutelar os direitos, e o próprio poder dos cidadãos propriamente ditos, para formularem mecanismos civis para a tutela das situações da vida. Isso é moeda concreta da efetivação da tutela.

Os direitos fundamentais se dividem em direitos de defesa (ações negativas do Estado) e direitos a prestações (ações positivas). O primeiro grupo veio consagrado pelo liberalismo, são as garantias; o segundo grupo constitui a grande característica de um Estado social e, consoante Alexy¹², pode ser subdividido em três espécies: os direitos a prestações sociais (fáticas) ou direitos a prestações em sentido estrito; os direitos à proteção normativa; e os direitos a organização e ao procedimento.

Justificada a diretriz contemporânea da nova ordem constitucional, com o dever institucional de proteger ou de tutelar os direitos, bem como o reflexo qualificado desse dever, por intermédio da tutela jurisdicional dos direitos, merece atenção a nova ordem valorativa do Estado Constitucional, com o *primado da tutela dos direitos e da tutela jurisdicional*.

¹¹ Mais detalhadamente em CASTRO, Cássio Benvenuto de. Decadência da potestade invalidante do ato administrativo. *Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF*, n. 105, abril/2010, p. 853 e ss.

¹² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed, tradução da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 202 e 442 e ss.

Aqui a premissa metodológica basilar: o direito não pode se resumir a uma releitura abstrata. A sua concretização no plano das relações sociais é uma necessidade em diuturna expansão. Consiste um lugar-comum dizer que a força normativa da Constituição implica a efetivação dos direitos fundamentais. Agora, o que merece consideração dos operadores do direito é que sobrepõe, aos direitos fundamentais, não apenas aquilo que está positivado na Constituição, mas um dever explícito e implícito de tutelar os direitos como um todo. O valor dignidade da pessoa humana – vértice valorativo do sistema – aponta como um objetivo a ser seguido, sendo fácil constatar que a os direitos com suporte infraconstitucional¹³ também reclamam o máximo de proteção.

Um raciocínio lógico sobra evidenciado. A ordem jurídica tutela normativamente as situações que possibilitam uma convivência social pacífica. Vale dizer que a tutela dos direitos resulta garantida “desde fora”, em abstrato, por intermédio da previsão de normas de conduta. Apesar de, tanto no plano do direito não criminal como no plano do direito penal, as normas jurídicas serem formuladas em diferentes *graus de abertura*, em geral as normas se utilizam do esquema “se acontecer X, a consequência é Y”.

Alexy ressalta que “a escala de ações estatais positivas que podem ser objeto de um direito a prestação estende-se desde a proteção do cidadão contra outros cidadãos por meio de normas de direito penal, passa pelo estabelecimento de normas organizacionais e procedimentais e alcança até prestações em dinheiro e outros bens”¹⁴.

A tutela do direito material é prestação estatal escalonada em todos os níveis do poder institucional, seja pelo Legislativo, pela Administração, ou pelo Judiciário. Todavia, nem sempre a concretização de uma norma percorre to-

¹³ No caso da previsão infraconstitucional de um direito, o imperativo da tutela não é retirado do caráter formal de uma eventual colocação de um dispositivo na Constituição. A hipótese que pretendo salientar subentende o “dever geral de proteção”, que é sempre devido pelo Estado, justamente, para assegurar a civilidade esperada no trâmite social. Marinoni afirma que “o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva não requer apenas a proteção dos direitos fundamentais, *mas a tutela de quaisquer direitos*. Tratando-se da tutela de direitos não fundamentais, o único direito fundamental em jogo é o próprio direito à efetividade da tutela”. Em *Técnica, op. cit.*, p. 170.

¹⁴ Alexy, *Teoria, op. cit.*, p. 442. Vide Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, p. 83.

das essas esferas de poder, porque as consequências jurídicas estipuladas no preceito das normas podem ser atendidas espontaneamente pelos sujeitos de direito. Em outras palavras, a concretização da tutela prevista nas normas jurídicas pode ser prestada no nível da atendibilidade e exigibilidade pré-institucional, pelos atores do círculo social. É a hipótese em que os sujeitos labo-ram com a legislação e, civilizadamente, realiza os negócios do trâmite social.

Por exemplo, no direito civil, está regulamentado que o genitor deve al- cançar alimentos ao filho menor de idade. Essa previsão aparece em norma cogente, sem espaços para negociação e, geralmente, é atendida espontane- amente pelos sujeitos, hipóteses em que o credor “pede” e o devedor “en- trega” os alimentos ao filho mesmo que sem uma demanda judicial. O siste- ma jurídico subentende um mínimo de responsabilidade social das pessoas. No entanto, no caso de inadimplemento, o ordenamento faculta ao credor a possibilidade de exigir a satisfação do seu crédito por intermédio do Judiciá- rio, ocasião em que os alimentos são postulados em juízo por uma demanda. Diversas formas, modalidades e instrumentos são preordenados para efeti- var a cobrança desse dever tutela (no sentido estrito) no plano das relações sociais – ou seja, a tutela normativa do direito, uma vez desatendida, enseja uma concretização pela tutela jurisdicional.

O atual quadrante constitucional organiza uma espécie de *continuum* de proteção, desde a previsão normativa e abstrata dos direitos, até que eles sejam efetivados no plano concreto. Assim, a colocação do problema da tute- la dos direitos no plano constitucional e a positivação da inafastabilidade¹⁵ da

¹⁵ A questão da sobreposição da tutela jurisdicional em relação à tutela do direito ratifica o dever institucional de assegurar uma convivência civilizada. Uma questão, inclusive, que pode ser alavancada pela dupla face da proporcionalidade. Luciano Feldens afirma que “na atualidade, tem-se como inequívoco que os direitos fundamentais, ao revés do que propugnado por um modelo liberal clássico, não tem sua eficácia restringida a um plano ne- gativo, ou seja, de direitos de defesa ou de omissão do indivíduo frente ao Estado. Mais que isso, como valores objetivos que orientam por inteiro o ordenamento jurídico, recla- mam dentro da lógica do Estado Social, prestações positivas no sentido de sua proteção”. O autor define a dupla instrumentação da proporcionalidade no direito penal (a ser refle- tido no plano dos direitos humanos e transnacionais): além de vedar uma excessiva vora- cidade punitiva, os mecanismos de tutela (proteção) também devem ombrear medidas efi- cazes para a proteção dos anseios dos ofendidos, e assim promoverem a manutenção do equilíbrio democrático da situação triangular Estado, perturbador da ordem jurídica e víti- ma. E arremata: “a doutrina e a jurisprudência tradicionais costumam conjugar a máxima

jurisdição quando ocorre qualquer ameaça ou lesão a direito (art. 5º, XXXV da CRFB), evidencia que a cada direito previsto devem ser estabelecidos instrumentos que viabilizem o seu exercício no plano da realidade. Se a tutela do direito material é regulamentada no plano metafísico (porque abstrato-normativo, apesar de os direitos poderem e geralmente ser atendidos espontaneamente¹⁶), a respectiva efetivação da proteção ou tutela – também é possível a considerar “outra” forma de tutela – ocorre através da tutela jurisdicional.

A tutela jurisdicional é o resultado do processo, é o produto da imperatividade e da soberania do Estado-juiz, supondo a preordenação de meios eficientes para tanto. As crises de aplicabilidades das normas – quando as questões não são solucionadas pelos acordos entre as pessoas – devem ser submetidas à Jurisdição. A tutela jurisdicional é o *valor* que decorre do provimento jurisdicional e “as consequências desse valor no plano social, com a respectiva interferência no mundo fático: o jurídico que se realiza ou tende a se realizar não se manifesta apenas endoprocessualmente, mas, sobretudo, na esfera social, no mundo da vida. Por isso, quando se fala de tutela, a *forma* da realização é tão essencial e distintiva quanto a finalidade, mormente porque há entre ambas uma relação dialética, uma influenciando a outra”¹⁷.

A tutela do direito é algo que pode ser providenciado anteriormente à tutela jurisdicional, pelos próprios cidadãos. Em situações litigiosas (ou potencialmente litigiosas), a Jurisdição será invocada para prestar a tu-

da proporcionalidade à noção da proibição do excesso (*übermassverbot*). Sem embargo, a proibição do excesso revela-se apenas com *uma* de suas faces. O desenvolvimento teórico dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (deveres de proteção) tem sugerido que a estrutura da proporcionalidade conta com variações que fazem dela decorrer, ao lado da proibição de excesso, a *proibição de infraproteção* ou de *proteção deficiente* (*untermassverbot*) a um direito inequivocamente reconhecido como fundamental”. Ver FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 98 e 108, respectivamente.

¹⁶ O cumprimento espontâneo do direito aparece no momento da pretensão e da atendibilidade. Uma vez que elas sejam frustradas, abre-se o lastro à executoriedade (ressalvadas as hipóteses de auto-executoriedade do ato administrativo e a questão da autotutela, excepcionais ao sistema). Ou seja, quando observada a rotina civilizada das movimentações sociais (contratos e respectivo adimplemento, por exemplo) ou mesmo do direito penal (quando a grande maioria atende à ordem de “não delinquir”), na verdade, existe o cumprimento espontâneo do direito.

¹⁷ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, cit., p. 73.

tela jurisdicional que, em última análise, devolve à vida das pessoas a tutela do direito, uma tutela por elas mesmas almejada. Existe uma relação circular que sempre deve desembocar a tutela dos direitos. A tutela jurisdicional é um somatório, um *plus* que permite a tutela do direito (com a ressalva das exceções do sistema).

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sintetiza que “a tutela normativa material (eficácia e efeitos de conteúdo *material*) – ressarcitória, restitutória, inibitória, de remoção do ilícito etc. – mostra-se, contudo, abstrata, prevista para o geral das espécies. Assim, a cada tutela material (ressarcitória, restitutória, de remoção do ilícito etc) deve corresponder, no plano processual, de modo concreto, uma tutela jurisdicional adequada (eficácia e efeitos processuais ou jurisdicionais), regida pelas normas próprias deste plano (declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental, executiva *lato sensu*)”¹⁸.

Disso decorre que o direito fundamental à efetividade da jurisdição (art. 5º, XXXV da CRFB) “é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela. O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos”¹⁹.

A tutela jurisdicional efetua a *ligação* ou uma *ponte*²⁰ entre o direito material e o processual. Quando constitucionalizada, assumiu uma posição privilegiada e verticalizou as demais estruturas do processo, de maneira teleológica. Ou seja, a “ação” e o “processo” são modelados por um nexo de finalidade, cujo norte é a tutela jurisdicional.

A nova postura institucional orientada pelo constitucionalismo contemporâneo estabelece um regime de normas abertas com uma metodologia ponderativa e não meramente silogística. Para tanto, a interpretação das realidades jurídicas reclama uma visão funcional, no qual, para além dos escopos, prepondera o *background* valorativo previsto na Constituição. Os objetivos

¹⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 12.

¹⁹ Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 143.

²⁰ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Teoria e prática*, cit., p. 74.

ou finalidades do sistema podem e devem variar ao talante das realidades e dos interesses sociais. O processo civil, ciência cultural por excelência, acompanha essa dinamicidade, de maneira que para a satisfação dos cada vez mais atribulados e momentâneos alvitreiros sociais, econômicos, científicos, e políticos, imprescindível emprestar ao processo uma racionalidade valorativa que transcenda a singela subsunção aritmética do direito material sobre os fatos.

O processo não consiste em simples ferramenta estéril. Ostenta escopo e se orienta com base em valores. Isso tudo reflete o colorido especial da tutela jurisdicional, que confere uma nova feição, uma versão qualificada, enfim, ao direito protegido e concretizado pela jurisdição. Contudo, apesar da importância formidável que a tutela jurisdicional assumiu para aproximar o processo ao direito material, jamais se poderia rejeitar a possibilidade desse *link* acontecer por outra forma, por uma forma que é inerente ao direito material e que, apenas eventualmente, está inserida no processo. A prova sensível de que uma sociedade é civilizada está no coeficiente de contendas que as pessoas, pré-institucionalmente, pré-Jurisdição, pode eliminar. Isso é fruto do acordo, das convenções, dos negócios, enfim, da conciliação. Nunca na história desse país se falou tanto em conciliação. Talvez por que o grau de civilidade do brasileiro tenha se avolumado.

Na *dialética* entre a tutela normativa do direito para com a tutela jurisdicional do direito (vide abaixo), intuitivo que, quanto mais espontaneamente é atendida a previsão abstrata da norma, de maneira imediata pelos protagonistas do plano da convivência social, menos litigioso o direito se torna. A autorregulação diminui a heterorregulação, é fácil depreender, porque toca à velha noção chiovendiana de “substitutividade” da Jurisdição. Consequentemente, as questões resolvidas pré-processualmente, em regra, dispensam a tutela jurisdicional. Isso é o que de comum acontece²¹.

De outro lado, existem questões que necessitam serem colocadas em juízo, situações que requerem a *processualização*. Aspectos políticos inerentes ao *princípio da segurança jurídica* e da própria efetividade supõem a es-

²¹ Existem situações que obrigatoriamente devem ser submetidas à Jurisdição. Lembro o caso da tutela oferecida pelo direito penal, que necessariamente deve ser mediatizada pelo processo penal (ressalvados os casos de elisão do crime no sentido amplo, como a transação no juizado especial); no processo civil, a dissolução do matrimônio pelo divórcio ou da sociedade conjugal pela separação, quando o casal possui filho menor ou incapaz, deve ser obrigatoriamente submetida à Jurisdição (art. 1.124A do CPC).

colha desses direitos que reclamam o processo. Basta imaginar, por exemplo, a separação ou o divórcio de um casal que tenha filhos menores (art. 1.124A do CPC). Contudo, não é pelo fato de o juiz *decretar* o divórcio ou a separação do casal com filhos menores que acarretará o desaparecimento dos efeitos da tutela do direito convencionalizada pelas próprias partes. Observa que por *sobre* a tutela concreta do direito (o acordo ou negócio de separação ou divórcio), que é entabulada precipuamente pelas partes, é somada a tutela jurisdicional e seus efeitos institucionais pertinentes à autoridade estatal²².

O diálogo das fontes e a dialética inerente à elasticidade normativa do Estado Constitucional permitem cotejar as variações episódicas da tutela do direito²³ para com a tutela jurisdicional do direito.

²² O ponto é importantíssimo e *possibilita duas interpretações*. Primeiro, que existe um efeito específico da tutela jurisdicional por sobre a transação das partes. De outro lado, que a “decretação” da separação ou do divórcio apenas repercute a força normativa da autonomia privada e, simplesmente, por ordem do juiz, produz efeitos de publicização do ato. Vale dizer que o “decreto” da separação ou do divórcio – para além de uma tutela jurisdicional propriamente dita – pode ser compreendida como um mecanismo análogo aos negócios sobre a propriedade de um imóvel: a escritura pública + o registro, no sentido que o registro perante o cartório de registros públicos apenas confere publicidade, produz os efeitos cujo conteúdo do negócio, de antemão, vem estipulado pela autonomia privada. A homologação pode ser interpretada como acontece no registro de imóveis, não sendo a homologação a “constituinte ou a desconstituinte” da relação jurídica. A homologação em si mesma encobre o ato para extinguir o contraditório e o processo. A ruptura é promovida pelas próprias partes. O efeito produzido pela homologação é para a finalidade de publicidade. Ora, não causa estranheza que a separação ou o divórcio do casal que não possui filhos menores possa ser efetuado diretamente no cartório extrajudicial. A questão é de publicidade. Todavia, no decorrer do texto, ambas as interpretações são exploradas.

²³ Em uma primeira leitura, pareceu que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira atribuía à tutela “concreta” do direito, em qualquer situação, a necessidade da tutela jurisdicional (ressalvados os casos de autotutela, da composição do litígio fora do processo, ou quando o ordenamento estabelece efeitos imediatos à situação do direito material). Apenas uma perfunctória impressão. A inteireza da obra e a lógica do autor denotam que a tutela concreta do direito material pode ser alcançada no plano pré-processual, pelo menos, em linha de princípio. Ver *Teoria e prática da tutela jurisdicional*, cit., p. 11, 83, 108, e 15 (respectivamente). Tanto que, em trabalho mais antigo, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira é expresso ao dizer que, em geral, o “direito é satisfeito sem necessidade de intervenção do juiz”. O autor não modificou essa compreensão, agora em livro mais recente. Ver *Alienação da coisa litigiosa*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 58. Não chego ao extremo de Mari-

Uma e outra nem sempre são versões reciprocamente *antinômicas*: no caso do ato processualizado (acordo colocado no processo), em certa medida, ocorre de alguns efeitos da tutela jurisdicional se somarem aos efeitos da tutela do direito, sem que isso signifique uma simples solução de transparência e, muito pelo contrário, o encobrimento do ato precedente por um julgamento. Na verdade, como natural à multifuncionalidade e aos ambientes sincréticos da cultura, existe uma relação de preponderância.

A dificuldade que uma absoluta dicotomia do processo para com o direito material estabelece está em não permitir a conjugação de fatores da autonomia privada (autorregulação) com a heterorregulação (julgamento). Enquanto faceta institucional do Estado Constitucional, a leitura do processo civil não pode aparecer isolada, tanto externa como endoprocessualmente falando. As funções do processo devem trafegar em conjunto com as suas estruturas, sob pena dele se transformar em um bicho-de-sete-cabeças no qual cada cérebro procura utilizar um caminho diferente. O arquétipo acaba cindido.

noni, para quem a tutela do direito consiste em uma “força normativa” e o processo é uma “técnica” (ver *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 141). A tutela é valor e, particularmente, exaspera o mero plano das normas. Todavia, concordamos que as situações da realidade podem ser tuteladas em concreto de maneira espontânea, diretamente reguladas, nos termos das normas de direito material, pelos sujeitos interessados. Em outras palavras, o direito material pode realizar a tutela dos direitos em um nível inicial, de acordo com a espontaneidade e a atendibilidade que facilita a vida das pessoas. Excepcionalmente, inclusive, como acontece no direito administrativo, o direito material possibilita a auto-exigibilidade e a auto-executoriedade do ato administrativo, sem que haja a necessidade da tutela jurisdicional (por exemplo, a interdição de um estabelecimento sem alvará ou a apreensão de objetos considerados nocivos à saúde da coletividade). Pensar o contrário chega a fomentar um raciocínio normativista, no sentido de que a tutela jurisdicional somente existe para fazer valer os próprios termos da norma do direito material: isso conduz o direito material a uma pseudorealidade e o processo a uma figura sem intensidade própria. Deixo claro que existem níveis de tutela, no plano do direito material (assim como no processo) – desde a proteção abstrato-normativa, a proteção com a incidência da norma, a proteção com a atendibilidade, a proteção com a exigibilidade, ao largo de uma programação que cumpra os misteres constitucionais (não vislumbro apenas uma tutela “abstrata”, porque entendo que o panorama democrático do Estado Constitucional efetue uma dinamização do direito em todas as suas acepções, vale dizer, do abstrato ao concreto no plano pré-processual).

O processo civil está aberto à solução de contendas em como um sistema “multiportas” – o resultado pode advir de acordos ou de julgamentos.

Com tal finalidade, é necessário que a leitura do processo civil se abra aos multifatores normativos, mormente aos constitucionais, daí permitindo o melhor trânsito à tutela do direito. Desde o processo para o direito material e vice-versa, as instituições servem às pessoas, tudo tendo em vista os valores constitucionais, tudo com o vértice na efetiva proteção do cidadão: a tutela efetiva e segura, seja ela uma tutela jurisdicional ou uma tutela não jurisdicionalizada.

O Estado Constitucional deve ao indivíduo a tutela do direito. A tutela no sentido concreto é o objeto premente, a razão de existir das próprias instituições.

2 O diálogo entre as fontes ou a reflexividade na perspectiva da tutela do direito com a técnica processual

As normas jurídicas convivem de maneira solidária, no mundo da cultura. Frequentemente, acontece de duas ou mais normas serem aplicadas a um mesmo suporte de fato, sejam normas compatíveis ou normas confrontantes entre elas mesmas. Ocorrência ainda mais evidente no atual quadrante constitucional, permeado por normas de princípio e de regras de caráter genérico, que abarcam cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. A vagueza semântica é inversamente proporcional ao exercício mental que o operador desempenha para chegar a uma conclusão aceitável²⁴ e que satisfaça os direitos no plano da realidade sensível.

Os direitos a serem assegurados e as normas que os protegem se colocam em constante debate. Um debate que posiciona tais direitos e normas em situações de aparente confronto, motivo pelo qual utilizo a influência da “premissa dialética”²⁵ para demonstrar que o processo civil também traba-

²⁴ Uma conclusão aceitável possui pretensão de correção e de universalidade. Ver DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010 p. 429 e ss.

²⁵ O direito como um todo e o processo, mais ainda, propõem soluções aproximativas do que é melhor ou mais correto para os casos apresentados. A profusão de informações no terceiro milênio demanda uma flexibilidade do operador para lidar com celeridade dos eventos, porque a verdade de hoje, amanhã, pode ser uma grande falsidade. Como diminuir os riscos de um julgamento falseável? Através do reforço da argumentação do discursivo e do

lha com operações aparentemente incompatíveis, *desde fora* de seu próprio formalismo.

Na verdade, somente é possível pensar em formalismo propriamente dito – a totalidade formal que organiza o processo – através de uma linha condutora que busca fundamentos na abertura normativa que a Constituição determina, o que é reforçado pela afirmação deontológica dos direitos fundamentais. A “dispensa da *metodologia* do contraditório e do processo”, por ocasião da convergência promovida por intermédio do ato processualizado, é resultado de um sopesamento de normas no ambiente principiológico estipulado na própria Constituição. Ou seja, a Constituição estabelece uma solução de “precedência condicionada” entre princípios, com força normativa evidente, o que não pode ser depreendido como uma blasfêmia pelo processualista.

Não duvido que alguns epígonos de Liebman e Buzaid me excomunguem do processo civil, porque o código de honra pacificado pelo *processualismo ou tecnicismo* é o de que *o processo pode tudo com o direito material, mas o direito material deve ser um cordeiro manso e servil ao processo*. Uma estrada de mão única que não se compadece à dialética constitucional do momento. Pior ainda, é observar que a referida estrada consiste em um equívoco não apenas no plano das normas, como também em termos filosóficos.

O modelo visual do *tecnicismo*, que ilustrou o CPC de 1973, reproduz um fechamento sistêmico que obriga o processo a olhar para dentro de si mesmo, e não lhe permite uma abertura cognitiva. Assim, o processo acaba operacionalmente fechado e cognitivamente fechado²⁶, vale dizer, chegou a um ponto em que inviabiliza a evolução do processo civil enquanto ciência.

A Constituição, os direitos fundamentais e o decorrente panorama normativo dos princípios abrem o raciocínio a um exercício ponderativo para a solução de incompatibilidades entre as normas, no sentido da possível coordenação operativa entre elas.

provável, através da “dialética”, que coloca como vértice a ser atingido – embora contingente – a questão da verdade (apodítica). O panorama das normas com maior vagueza semântica, os *open texture* da atualidade, rejeitam soluções absolutas. Ver PICARDI, Nicola. Do juízo ao processo. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 45 e seguintes.

²⁶ Ver LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 121 e ss.

Com Riccardo Guastini, “a ponderação consiste em estabelecer entre os dois princípios em conflito numa hierarquia axiológica móvel. Uma hierarquia axiológica é uma relação de valor criada não pelo próprio Direito, como a hierarquia das fontes, mas pelo juiz constitucional mediante um juízo de valor comparativo, ou seja, um enunciado dotado de forma lógica”²⁷. A ponderação imputa uma hierarquia “axiológica” porque busca fundamentos no valor que, momentaneamente, é eleito como o principal ou o melhor para o caso em análise (é uma precedência condicionada ao valor). A ponderação assume uma carga “móvel”, à medida que a prevalência de um princípio pelo outro depende do caso concreto, pois um princípio pode ser aplicado em uma hipótese e, a depender de outras circunstâncias, ser preterido em outra hipótese.

A ponderação entre os princípios deve visualizar um valor que, no caso, é o *valor tutela dos direitos*, o dever de proteção em sentido amplo, que a Constituição deixa como evidente para a salvaguarda da própria dignidade da pessoa humana. Somados ao dever de proteção se encontram a justiça do caso concreto e a pacificação social.

Os princípios se organizam em direção a tais valores, que podem ser resumidos na nota tutela ou pela proteção dos direitos (carga axiológica que abarca a justiça e a pacificação). O reforço do diálogo das fontes é salientar o que significa, em essência, o dever de tutelar o direito, no plano da vida.

A doutrina que se refere à tutela jurisdicional, imediatamente, reclama a nota da “efetividade”²⁸, sem, contudo, precisar o que seria a “efetivida-

²⁷ GUASTINI, Riccardo. Os princípios constitucionais como fonte de perplexidade. Trad. Anderson V. Teixeira. In TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi (org.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri: Manole, 2010, p. 55.

²⁸ A doutrina não distingue explicitamente se a efetividade é da tutela ou do processo. Na prática, chega a ser de somenos importância, à medida que entendo o valor tutela não apenas como o “resultado” do trabalho jurisdicional (corrente de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Tutela*, cit., p. 108), como também o meio que constitucionalmente garante um processo justo. Entretanto, ressalto que nem tudo o que ocorre no processo é “tutela”, porque sobram espaços para a técnica; agora, o que a Constituição imortaliza como desdobramento do devido processo “justo” consiste na tutela. Feita a ressalva, no ponto, consigno que a “efetividade” da tutela (ou, como parte da doutrina, a efetividade do processo) é compreendida como um mero debate entre a “celeridade e a segurança” (ver BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 49 e ss.) o que, de fato, acontece no lócus do formalismo. Contudo, não é o que apenas acontece. A tutela jurisdicional efetiva é mais que isso, ela coordena outros

de” e qual a posição jurídica desse aspecto no contexto do próprio cenário constitucional.

Óbvio que a “efetividade” reclama um processo de “resultado”, um contraponto à defesa ou à segurança. No entanto, um exame analítico permite o aprofundamento da ideia com a conclusão de que a tutela “efetiva” consiste na plena *aproximação entre o direito material e o processo*.

O processo enquanto uma “coisa privada das partes” vigorou durante o processo comum (na idade média), antes da formação dos Estados nacionais²⁹.

A assimetria do processo, com o estabelecimento de uma relação vertical entre Estado-indivíduo – mormente a partir do processo prussiano (em 1.793) – se consolidou com a formação do Estado nacional moderno, ocasião em que o Estado se apropriou do direito e do processo, ou melhor, o Estado assumiu o poder então fragmentado territorialmente nos feudos.

A matriz histórico-cultural ainda deixa rastros, porque, temendo um retrocesso ao processo como “coisa privada das partes”, um fleumático positivismo diria que o processo é indisponível e jamais deveria ser cogitada a possibilidade de um negócio jurídico extinguir o contraditório, fulminar a possibilidade do julgamento e, enfim, acabar com o processo ou tocar o seu objeto. Um raciocínio a defender que o processo é o braço forte das instituições em movimento, portanto, o processo é indisponível. Respeitosamente, levado ao extremo, talvez esse mecanismo seja uma ideologia cujo endereço esteja na origem de estatalização do processo, quando localizada

princípios para o atingimento de outras finalidades que não somente a celeridade. Essa a razão que fundamenta um exame analítico da “efetividade”, inclusive, para salientar como o processo se aproxima do direito material e, em última análise, se essa aproximação é necessária quando se tem o ato processualizado.

²⁹ Ver OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 74; PICARDI, Nicola. *Do juízo ao processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 59; TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno Studio della genesi dottrinale e ideológica del vigente código italiano di procedura civile. *Dottrine del processo civile*: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 11.

que a sua burocratização – a assimetização do *ordo* – aconteceu com uma mesma tendência, seja no processo civil, seja no processo penal³⁰.

A dialética entre as fontes remete a uma aproximação entre direito e processo, uma relativização do dualismo entre os planos. Assim como também postula a aproximação entre alguns institutos do processo civil e do processo penal, com força na teoria geral do processo. Todavia, penso que o nexo desse encontro metadisciplinar deve ser norteado pelo valor tutela dos direitos, e não por aspectos meramente burocráticos, que seriam mais orgânicos e estruturais que, propriamente, funcionais.

O grande mistério do encontro está na finalidade.

Em outras palavras, utilizar analogias do processo penal para com o processo civil é válido, quando o nexo teleológico entre eles afirma esse sentido, e não porque a história da assimetização dos modelos desses processos os colocou em posição de similitude. Qual a importância disso para a “efetividade” da tutela jurisdicional?

A “efetividade” requer uma compreensão de sua dinamicidade, na perspectiva que lhe é funcional. Assim, pensar na “efetividade” com um endereço na burocratização do processo civil e do processo criminal acaba transformando em estático o que deveria ser dinâmico. A *coincidência* na ordem histórica da assimetização do processo civil e do processo penal pode ter sido a responsável por uma inconsciente estratificação da “efetividade” enquanto moda de troca de um esquema de punir-não punir. E uma utilização da “efetividade” enquanto retórica, talvez, obscureça o seu dever precípua de providenciar uma real aproximação entre processo e direito material. A importância da temática está em saber a origem do argumento da “efetividade” a fim de possibilitar uma programação para onde o direito se dirige com essa ferramenta.

A culpa não está no direito criminal, mas, sim, no lapso de trazer para o processo civil argumentos que são utilizados na dicotomia formulada por aquele esquema³¹. A tutela jurisdicional oferecida pelo processo penal racio-

³⁰ TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno Studio della genesi dottrinale e ideológica del vigente código italiano di procedura civile. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 13.

³¹ Não confundo os desdobramentos da multifuncionalidade dos direitos fundamentais. O intuito do trecho é traçar um perfil metadisciplinar entre processo penal e processo civil, para admirar que a tutela jurisdicional promovida por cada qual possui diferentes níveis de

cina em uma formulação binária: julgada procedente ou improcedente a demanda, haverá a condenação ou a absolvição.

Desgraçadamente, na atual realidade prática, o processo penal despreza a tutela pelo mandamento³² e pela constituição³³. Na verdade, em termos de processo penal, quando o juiz utiliza a terminologia “absolver” ou “condenar”³⁴, ele está meramente “declarando” ou “não declarando” a juridicização da norma do direito material, que, por sua vez, é a forma de tutela prevista pelo di-

complexidade, na função que é desdobrada desde a noção da estrita tipicidade até uma maior plasticidade do direito não criminal. O raciocínio não é meramente acadêmico, possui alvitre prático e, justamente, busca fundamentos na possibilidade de resgatar uma teoria geral do processo.

³² Ganha relevo a defesa da corrente que, em pleno do direito penal, estabelece pelas normas uma série de ordens e proibições, ao invés de meras sanções. Vide a legislação de drogas (Lei 11.343/06) e a referente à violência doméstica (Lei 11.340/06), bem como a própria reforma do CPP (Lei 12.403/11). Não raro, o juiz criminal determina medidas denominadas “cautelares” ou “restritivas”, que significam, na prática, a mandamentos. O dever de proteção insculpido na Constituição traduziu à legislação a sua imposição: não importa de qual juiz, de qual natureza da jurisdição, eventualmente advenha uma ordem, mas interessa que o resultado prático do processo encontre a tutela efetiva do direito protegido pelo arcabouço normativo.

³³ Certamente seria defensável que o “cálculo da pena” ou a “combinação de leis penais” seria uma figura de caráter constitutivo. Todavia, a graduação das penas em patamares diferenciados responde a uma reclamação dos *graus* de culpabilidade, previstos de antemão na normativa penal (não no processo); e o juízo combinatório trabalha com realidades jurídicas antes regulamentadas, fruto da previsibilidade rígida do direito penal. Evidente que não postulo uma posição meramente “declaratória” da jurisdição – no paradigma constitucional, a metodologia programada pela Constituição é notória: o juiz reconstrói a ordem jurídica quando estabelece institucionalmente a tutela jurisdicional. O sentido constitucional é muito maior que uma mera declaração, apesar de que o “espaço de jogo” em direito penal é deveras mais estrito que na matéria não criminal.

³⁴ A utilização da terminologia “condenar” é resultado do reproche, do juízo negativo que se efetua sobre culpabilidade do objeto de observação, o autor do fato. Na verdade, o juiz declara a incidência da norma, julgando procedente a pretensão, após verificar de maneira reprovatória uma conduta. O sentido da condenação advém da ressalva ética de antemão negativada a algumas condutas reputadas indevidas, então, pelo direito penal. Isso é interessante porque, do direito criminal se divulgou uma confusão para o processo civil: a categoria tutela condenatória nada tem com a segurança ou com a efetividade da jurisdição, mas, sobretudo, com o caráter ético do provimento – a condenação nada mais representa que uma declaração com carga ética.

reito material. No âmbito do direito criminal, é discutível um “dualismo” em termos pragmáticos. Nesse campo, inclusive, poderia ser melhor explorada a questão do “monismo”³⁵. No atual quadrante, o processo penal pode ser compreendido como mera “técnica”, porque a tutela jurisdicional acaba emprestando aplicação à vigência do direito material. Não existe espaço para a aplicação de sanções penais extraprocessualmente, daí se concluindo que a tutela jurisdicional condenatória, em processo penal, é *condição de possibilidade* da própria tutela do direito material, prevista em abstrato.

Nesse modelo, a tutela jurisdicional não possui uma energia particular, apenas consolida o que de antemão é tipificado pelo direito material. Evidentemente que isso ocorre para a punição dos sujeitos (se obedecida³⁶ a norma, é desnecessário o processo). A tutela do direito material penal dispensa o processo penal nas hipóteses de atendimento das normas, vale dizer, na expressão não punitiva das normas do direito penal (por exemplo, quando “não” é praticado o homicídio, quando “não” é praticada a direção após a ingestão de álcool, dentre outros). Isso é resultado da tipicidade no coeficiente máximo da ciência jurídica.

A tutela dos direitos sancionatórios pelo direito criminal, em sentido amplo, não pode se realizar no plano extrajurisdicional, o que resulta na seguinte peculiaridade: em processo penal, é imprestável a categoria do “interesse de agir” no sentido de necessidade do processo, pois o processo penal é sempre necessário. E aqui a canhestra noção da “efetividade”, utilizada como se resolvesse todos os problemas da tutela, mas, cujo endereço gené-

³⁵ O processo penal brasileiro é um latifúndio improdutivo. Parece que ninguém ousa a tomar conta, está abandonado e com várias crises de identidade. Não sabe para onde vai, não possui uma estrutura formalista que contraponha a proporcionalidade com uma razoabilidade prática e tudo que se fala é “garantismo” ou eficácia de trincheira, como se o Estado continuasse a ser o velho inimigo do século XIX. De um lado, a sociedade e a mídia pedem “justiça”, os casos de júri se transformam e novelinhas de noticiários; de outro lado, na prática, qualquer argumento é mais político que jurídico para transformar em “nulidade” tudo o que se contraponha aos interesses corporativos do momento. Um se salve quem puder do risco da demanda, o que se dirá do resultado da demanda.

³⁶ Por exemplo, é proibido “matar alguém”. Se o sujeito *não* matar alguém, a norma não incide e, certamente, dispensado o processo penal. Apenas quando contrariada a proibição contida na *norma* (não matar outrem) é que se faz presente o processo penal, instrumentalizando a incidência da regra.

rico estava mesmo era no direito material. O que é “efetivo”, ou não, é o direito penal, e não toca ao processo penal.

A terminologia “efetividade” é precipuamente utilizada para decompor uma das facetas da proporcionalidade em termos de prever sanções e imputar como delitivas as condutas, ou não o fazer. A proporcionalidade é um postulado aplicativo normativo que organiza a lei de colisão entre os direitos fundamentais em confronto, sopesando questões como, na hipótese em tela, proteger ou não proteger uma posição jurídica com a edição de uma norma penal? Tutelar um direito ou não tutelar um direito por intermédio de uma norma? Um conflito entre princípios que coloca a “efetividade” enquanto uma postura protecionista dos direitos já no âmbito do direito criminal, onde os valores a serem protegidos são de extrema importância.

Assim, a “efetividade” assume uma postura de atitude estatal “para frente”, de um compromisso de “resultado”, através da instrumentalização positiva³⁷ da proporcionalidade. “Efetivar”, em direito criminal, é um dever de imputação através de normas proibitivas de determinadas condutas. No direito penal, a proporcionalidade coloca em debate dois princípios para dizer se deve, ou não, prever uma norma incriminadora: o princípio da vedação do excesso, que é praticamente a bandeira sufragada no Brasil por uma escola que se desvirtuou ao se autodenominar “garantista”; e a vedação da proteção indeficiente, que expressa o dever de proteção, enfim, a “efetividade”.

A vedação da proteção indeficiente significa a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, é o dever institucional de “efetivar” uma proteção em si mesma, bem como “efetivar” os mecanismos ou instrumentos de proteção dos direitos dos indivíduos. Logo, a velha dicotomia, tão presente no esquema do liberalismo e, também, na rotina do direito criminal, merece uma adequação, apesar da similar origem em termos de tutela no sentido amplo. Por ocasião de utilizar mecanismo de tutela mais sofisticado que o do processo penal, ou seja, porque se vale de uma dinâmica para além do jogo binário do condena-absolve, impossível dizer que o processo civil cuida de conflitos como a efetividade *versus* o garantismo, a previsão de punição *versus* o limite ao poder do estado. Genericamente, seria até possível dizer que a efetividade abarca todos os movimentos de resultado do processo civil, no sentido

³⁷ FELDEN, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 73 e ss.

de retirar da inércia a “falta de proteção” dos sujeitos, o que é devido pelo Estado. Inclusive, a tendência burocratizadora que aproximou o processo penal e o processo civil, desde a reforma prussiana do século XVIII, talvez resulte nessa açodada depreensão.

Todavia, como tenho reforçado inúmeras vezes, a diferença entre os esquemas de imputação no direito é “de grau” e, no caso, de *qualidade* também. Na virtude das diferentes escalas, dos diferentes “graus” e axiologias de proteção que os direitos reclamam, devem ser preordenados os diversos mecanismos de tutela ou proteção. Realidade que se deduz das diferentes finalidades, qualidades de indisponíveis dos bens jurídicos protegidos, sujeitos litigantes, ou circunstâncias específicas de cada contexto, seja um contexto do direito criminal, seja um contexto do processo civil.

Falar em “efetividade” como uma categoria genérica consiste em colocar um rascunho da tipicidade do direito criminal³⁸ para dentro do embate normativo do processo civil. É como dizer que todas as posições jurídicas colocadas em um processo, para o avanço, devem ser “efetivas”. Essa maneira de visualizar pode e explica muita coisa, principalmente *dentro do formalismo* do processo civil, na tomada do processo justo e da retirada do esqueleto de inércia do devido processo legal de outrora. Inclusive, o discurso da “efetividade” genérica ganha adeptos porque se reporta à expressividade deontológica do art. 5º, XXXV, da CRFB.

Contudo, “efetividade” como um resultado totalizante não esmiúça a essência da “ponte” que a tutela jurisdicional efetua entre o processo e o direito material, não trata da “efetividade” *desde fora* do processo – e, portanto, não resolve a questão do ato processualizado, porque jamais conseguiria imaginar o diálogo entre autonomia privada e a heterocomposição jurisdicional do litígio, a decisão.

A importância do tema requer uma síntese: na prática, o direito criminal promove uma espécie de monismo. Daí se justificar, em certa medida, o esquema do “efetivo” ou “não efetivo”, que o regime de assimetria que, na mesma época, trouxe para ambos os *ordos* – o processo penal e o processo civil. Apesar da origem analogamente burocratizada, a tutela jurisdicional proporcionada pelo processo civil reclama outros requintes, o que permite uma pormenorização analítica. A realização dos direitos no plano da Juris-

³⁸ Pela nota do “direito criminal” considero a reunião do direito penal e do processo penal.

dição *não* criminal subendente a acessibilidade, o desenvolvimento de um processo justo, e o resultado que assegura uma tutela jurisdicional “efetiva” em termos mais estritos. É verdade que tudo pode ser resumido na “efetividade” da proteção dos direitos, mas, como o interesse do presente estudo é a conexão ou ponte entre o direito material e o processo, vale experimentar um aprofundamento do que significa a tutela jurisdicional “efetiva” enquanto resposta da Jurisdição, que pode ser dividida em três tonalidades: (a) a tutela jurisdicional deve ser tempestiva, (b) adequada e (c) específica.

A *tempestividade* da tutela jurisdicional pondera o fator do tempo no transcurso do processo, à medida que ele deve observar uma duração razoável e sem dilações destemperadas. O formalismo do processo preordena um procedimento com a previsão de preclusões e de impulsos oficiais, dessa maneira impondo uma marcha para frente, e com o respeito aos prazos e às necessidades do direito material em debate. A preservação da durabilidade razoável encarrega o Judiciário de entregar provimentos de urgência, seja de natureza cautelar ou antecipatória, como também providenciar mecanismos para a prevenção ou remoção de situações limítrofes ao dano, antecipando-se para evitar a ocorrência do dano. No campo da tempestividade adentra o aspecto da “eficiência” dos meios³⁹ processuais, que é o manejo da *técnica* propriamente dita: por não ser possível uma completa previsão dos riscos do processo, o tempo reclama uma solução de “meios” para um melhor resultado (fim), com o mínimo de esforço e o máximo de aproveitamento dos atos no processo. A Jurisdição não resolve todos os problemas do direito material, mas se compromete a chegar a soluções com pretensão de correção e com uma margem aceitável de risco.

A tutela jurisdicional *adequada* organiza o formalismo do processo de acordo com a finalidade a ser atingida, de maneira a sopesar internamente os princípios da efetividade (ou efetividade no sentido estrito) e da segurança jurídica. Quanto maior a efetividade, menor a segurança⁴⁰, e vice-versa, uma dialética regulamentada pelo postulado da proporcionalidade endoprocessual. A efetividade no sentido do formalismo interno propõe a solução de compromisso para com as posições ativas, que jogam o processo avante, en-

³⁹ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal* (fundamentos da instrumentalidade constitucional). 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 36.

⁴⁰ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Teoria e prática*, cit., p. 125.

quanto de outro lado, ela também considera a força da segurança jurídica, que resiste àqueles imperativos. Assim, a adequação enquanto contrabalanço entre a efetividade e a segurança jurídica para, retrospectivamente, proporcionar um processo justo. A adequação⁴¹ ainda implica outra força normativa, porque estipula uma moldura interna do formalismo para atender às necessidades do direito material, o que acontece por intermédio de procedimentos diferenciados que se utilizam das técnicas de sumarização orientadas na melhor satisfação dos casos concretos em análise.

A tutela jurisdicional deve ser *específica*. Nesse vetor reside o ponto de estrangulamento máximo entre processo e direito material. A especificidade se fundamenta na “teoria dos três *is*” – identidade, integridade, e integralidade da tutela jurisdicional para com o direito material. A identidade significa que a tutela jurisdicional deve ser a mais similar possível àquilo que seria proporcionado pela normatividade do direito material. A integridade supõe que a Jurisdição deve entregar uma tutela com nada menos que o direito material teria proporcionado ao sujeito. E a integralidade da tutela jurisdicional determina que seja entregue tudo o que seria previsto pelo direito material. Com a energia qualificada pela nota da imperatividade do Estado-juiz, a tutela jurisdicional efetua o *link* entre processo e direito material.

Notável como as coisas fazem sentido. O processo penal é praticamente um envolto transparente, quando considerado a partir de um critério que leva em conta a energia própria da tutela jurisdicional por ele oferecida. O esquema condena-absolve da tutela por ele prometida é de caráter mais ético que jurídico, pois uma condenação consiste em um juízo de reproche que retrocede a sua força normativa à questão da culpabilidade⁴² do sujeito. Ou

⁴¹ O processo está impregnado do direito material. Ou seja, sempre o nexa teleológico será para satisfazer o direito no plano das relações material. Todavia, alguns aspectos da tutela genericamente chamada “efetiva” tocam ao direito material no desdobramento do processo, como a adequação, e outros tocam ao direito material em linha de chegada, como a especificidade. Um resultado de gênero pode ser sintetizado na efetividade, mas o cenário analítico permite separar o fio condutor ao ponto vertical que realiza o verdadeiro nó górdio entre o processo e o direito.

⁴² Para a incidência da norma penal, óbvio que existe o cotejo do fato criminoso, na reunião da tipicidade + contrariedade ao direito (ilicitude). Agora, o juiz condena ou absolve a pessoa, e não a conduta antijurídica. O reproche da condenação abarca a ética da culpabilidade, razão pela qual a teoria da culpabilidade trabalha com a questão da própria carga

seja, o processo penal declara a aplicação do tipo ou declara a não aplicação da norma ao caso concreto.

O que sobra ao processo penal?

A técnica. Por isso que o discurso do “garantismo” tem estratificado toda a sua extensão de formalismo. Em virtude de o processo penal restar como um esqueleto para viabilizar o direito penal, a operação jurídica se esqueceu que para além da técnica um formalismo se verticaliza com o norte na tutela, e acabou transformando o processo penal em um moribundo no qual a sorte (ou o risco) dos humores decreta uma nulidade ou conduz o processo até um desfecho condenatório⁴³. A tutela jurisdicional em processo penal serve praticamente para homologar uma sanção de antemão prevista pelo direito penal material, entregando o que o direito penal prevê como preceito da norma, com a nota oficial da reprovação. Uma linha mais tênue de separação entre os planos do direito e processo e, em contrapartida, uma “especificidade” de certo mais estrita. Porém, resume-se à especificidade, o que é muito pouco.

Em processo civil, de outro lado, a tutela jurisdicional confere uma energia qualificada ao objeto de análise, significativamente diferente daquela previsão normativa do plano do direito material. A tutela prometida pelo processo civil não “repara”, não “anula”, mas promove a “condenação” ou “desconstituição”, entre outras formas específicas de tutela jurisdicional. O nível de complexidade transformativo na passagem do plano normativo do direito material para

do que é o “eticamente culpável” ao largo do desenlace cultural que sobreveio no tempo e nas sociedades. Ver CASTRO, Cássio Benvenuti de. Tridimensão jurídico-penal da culpabilidade. *Temas de ciências penais: na perspectiva neoconstitucional*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 139 e ss.

⁴³ Existe solução para isso? A resposta está no próprio direito penal, com a utilização da proporcionalidade em sua dupla feição: vedação de excesso (garantia) no confronto com a vedação de proteção indeficiente (efetividade). Como é muito cômodo ao processo penal assistir ao direito penal fazer o que quiser, que ele também assista – para dentro de seu formalismo – à solução de resultados que o direito material pode proporcional. Isso é matéria para estudo próprio, porque o processo penal está no divã, ele não sabe de onde vem e nem para onde vai, não possui um formalismo compatível com um Estado Constitucional que se preze e, pior, todo mundo fica horrorizado na mídia e coloca a culpa nos feitos de leis, enquanto o utilitarismo deve ceder espaço a uma força normativa extraída da própria supremacia da Constituição. Credencial jurídica não falta, agora, a vontade política (dos operadores) talvez prefira pensar na copa do mundo.

o processo civil é mais intenso que o experimentado no direito criminal. Possível concluir que a “especificidade” da tutela jurisdicional penal é mais estrita que a “especificidade” da tutela jurisdicional promovida pelo processo civil. Por que esse fenômeno acontece? Na virtude da indisponibilidade dos interesses que se colocam no processo – no processo penal, em geral⁴⁴, um interesse indisponível; no processo civil, interesses que variam em *grau* de disponibilidade.

Para densificar a linha da observação, agora tratando somente do processo civil, pergunto o seguinte: se a tutela jurisdicional “efetiva” deve ser tempestiva, adequada, e específica, não existem algumas situações em que a esperada “especificidade”, de antemão, está colocada pelos sujeitos parciais?

Evidente que sim.

Justamente, é o caso do sistema multiportas, onde convenções ou acordos ajuntam, ao processo, o ato processualizado (art. 966, §4º do CPC), com a requintada função no processo civil, porque o ato processualizado instrumentaliza um outro movimento pendular, no sentido aparentemente contrário ao que acontece com a tutela jurisdicional.

Enquanto a tutela jurisdicional aproxima o processo do direito material, mas partindo de um contexto processual de *crise* do direito e, na volta, devolve ao direito material um conteúdo qualificado pela imperatividade estatal para satisfazer o interesse do sujeito no plano da realidade social, de outro lado, o ato processualizado – negócio jurídico + ato processual – parte diretamente do direito material e apenas *avisa* ao processo que a “crise” não possui mais razão de existir. Na verdade, o ato processualizado *avisa* ao processo que o seu contraditório e a sua oficialidade estão dispensadas, pois o grau máximo da “especificidade” fora agendado pelos maiores interessados no objeto em análise: os sujeitos que outrora eram figuras parciais em um regime de colaboração para com o juiz, e que agora são contratantes, em um regime de colaboração recíproca entre eles mesmos.

A doutrina consolidou que a tutela jurisdicional é uma *ponte* entre o processo e o direito material. A *especificidade* é um desdobramento normativo que salienta a plasticidade do gênero “efetividade” dessa tutela. No ato processua-

⁴⁴ Digo “em geral”, porque entendo possível a disponibilidade de questões no processo e no direito penal. É que a disponibilidade é antecipada para o nível da culpabilidade (a necessidade concreta da pena) ou, se preferirem os exegetas de plantão, pelo menos para os limites da condição específica de procedibilidade escudada na representação criminal.

lizado, a *especificidade* consiste no próprio negócio jurídico formulado, ou seja, o ato processualizado aproxima direito e processo com uma vantagem de qualidade em relação à tutela jurisdicional, com um conteúdo modal qualificado. O ato processualizado – assim como a tutela jurisdicional – significa uma *ponte* ou um *link* entre o processo e o direito material, porém, o seu habitat natural é o direito material e ele toca o processo apenas por reflexo, ocasionalmente, por ubiquidade. Por abarcar negócio jurídico das partes mais o ato de processualização, o ato processualizado consiste em uma *quintessência*. Com uma penada, soluciona a crise do direito material e transpassa essa informação ao processo.

A lógica do sistema brilha aos olhos. Quando os efeitos jurídicos de uma norma são aceitos pelos sujeitos pactuantes, que se vinculam espontaneamente à norma, possível dizer que a ligação entre eles é efetuada pela força da *autonomia privada*, por intermédio do negócio jurídico do direito material. É o caso do ato processualizado, um negócio colocado no processo. Em contrapartida, na ocasião em que determinado efeito jurídico de uma norma não é aceito por um dos sujeitos de determinada relação, e uma das partes faz questão de imputar tal efeito à esfera jurídica alheia, a incidência da norma contra a vontade do renitente somente é possível com a força da tutela jurisdicional. A decisão e a tutela jurisdicional funcionam como uma “sub-rogação”⁴⁵ da espontânea vontade comutativa das partes que trouxeram para os seus patrimônios jurídicos os efeitos previstos pela norma aplicável. Daí referir que a tutela jurisdicional é um fenômeno de heteronomia, quando os efeitos da norma são impostos ao patrimônio jurídico afetado, ao contrário do negócio jurídico, que consiste em um fenômeno de autonomia (porque os sujeitos chamam por vontade própria os efeitos da norma).

Possível concluir que, quanto maior a autonomia, menor a necessidade da tutela jurisdicional?

Não é bem assim.

Existem algumas situações em que, mesmo com um acordo de vontade das partes (em se tratando do ato processualizado, acordo no interior do pro-

⁴⁵ COSTA E SILVA, Paula. *Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 212. Com propriedade, a autora comenta que os sujeitos podem se autovincular a um esquema de normas. Quando um dos sujeitos resiste aos efeitos da norma e o outro se sente prejudicado, a vinculação ao padrão normativo ocorre de maneira sub-rogação, é uma heterovinculação, porque o patrimônio jurídico será afetado mesmo a contragosto do resistente.

cesso), uma política judiciária não dispensa o efeito de publicização do negócio, que é operacionalizado por algum dos efeitos da tutela jurisdicional. Basta examinar o art. 1.124A do CPC, quando se falou sobre a “transparência” do ato de internalização, ao processo, do ato ou negócio jurídico das partes. A separação ou o divórcio do casal com filhos menores ou incapazes reclama uma publicidade, um formalismo maior. Uma saliência do princípio da segurança jurídica. Pensando mais além, também se pode inferir que a separação ou o divórcio, enquanto negócios jurídicos extrajudiciais, também devem ser formalizados em cartório de registro, quando os sujeitos não possuem filhos. Isso é formalidade em nome do princípio da publicidade e da segurança jurídica.

Portanto, é apressado dizer que quanto maior a autonomia privada, menor seria a necessidade da tutela jurisdicional. A autonomia privada não se contrapõe à tutela jurisdicional. Ambos podem conviver no *locus* processual, sendo preservados alguns dos *efeitos* inerentes à tutela jurisdicional. Realidade que afasta o discurso de transformação do processo em “coisa privada das partes”. A institucionalidade continua presente, sempre, e inclusive aparece como uma “questão prévia” à extinção do processo. Decerto que antes de o juiz homologar o acordo, ele observará a qualidade do objeto tratado (disponível ou não), a condição de paridade entre as partes (horizontalidade ou não) e o caráter social propriamente dito da questão colocada na jurisdição. A partir desse exame previamente condicionado pela sorte dos valores que sustentam o cenário, haverá ou não a homologação, que de qualquer maneira não tocará a essência do objeto negociado⁴⁶.

A autonomia privada que povoa normativamente a essência do negócio jurídico processualizado não apouca a tutela jurisdicional, mas diminui o *coeficiente do contraditório* utilizado pelas próprias partes. Com efeito, con-

⁴⁶ O juiz não toca o objeto do negócio em si mesmo, porque algumas questões circunstanciais ele poderá referenciar. Por exemplo, os honorários advocatícios. É muito comum, em revisões de contratos bancários, as partes aparecerem com um contrato sobre todos os termos da demanda. Fatores de macroinfluência podem ser lembrados para um acordo desse tipo (desde a vara em que o processo fora distribuído, o tipo de contrato inicialmente pactuado, o potencial econômico do consumidor para adimplir, etc). Escorado nesses fatores, o banco formula um acordo e atribui todo o peso dos honorários advocatícios ao consumidor, que, geralmente, goza da assistência jurídica gratuita. Certamente que os bancos são totalmente altruístas nessa estirpe de situação. No exemplo, o juiz costuma realinhar os honorários a uma plausível equidade (pelo menos 50% para cada parte).

traditório em um sentido dinâmico ou concretista pode ser disponibilizado pelas partes, porque não se trata de um instrumento de luta constante entre as partes, porém, ele consiste em uma metodologia⁴⁷ por intermédio da qual ambas as partes colaboram – cada qual de acordo com seu interesse – para que o juiz chegue a uma conclusão aceitável.

Um pensamento quase subsuntivo reúne essa conclusão. Para que serve um conjunto processual que reúne fase postulatória, fase de saneamento e de instrução, e fase decisória e recursal, com o desfecho pela tutela jurisdicional que atingirá a tutela do direito, se o negócio jurídico das partes, de plano, promove a tutela do direito? Seria um compromisso de *circularidade* sem uma melhor lógica. Um negócio jurídico abarca os interesses das partes, assim dispensa a metodologia do contraditório para um debate, e diminuir ao mínimo a margem do objeto a ser decidido, o que resulta na desnecessidade mesma de um julgamento e da coisa julgada.

O processo como um procedimento em contraditório subendente um esquema de organização paritário entre os sujeitos parciais. De maneira horizontal entre si e vertical perante a figura do juiz, tais sujeitos oferecem argumentos e contra-argumentos para que o juiz chegue a um melhor julgamento possível, a uma decisão aproximada da verdade ou da correção. Na condução do processo, o juiz assegura um regime de paridade entre os debatedores. Os contendores, por sua vez, através da metodologia do contraditório, cada qual visando comprovar a respectiva prevalência de razão, municiam o juiz para que ele julgue as pretensões. Daí se falar em ambiente colaborativo entre os sujeitos parciais para com o Estado-juiz, e não colaboração dos sujeitos parciais entre si⁴⁸.

O ambiente colaborativo no sentido vertical, que permeia a posição jurídica de cada sujeito parcial para com o julgador, sofre uma rotação estrutural quando os outrora litigantes dispensam a assimetriação do *ordo*. Vale dizer: quando a colaboração deixa de ser entre o sujeito parcial para com o julgador e se horizontaliza, de maneira a configurar uma recíproca colaboração entre os sujeitos parciais, acaba a função do contraditório como uma metodologia

⁴⁷Nicola Picardi, *Manuale*, cit., p. 233.

⁴⁸MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 114.

que proporciona a investigação da verdade ao julgador⁴⁹. O negócio jurídico formulado entre os sujeitos parciais recolhe a necessidade do contraditório, ganhando força normativa a autonomia privada das partes, com previsão constitucional.

Com Nicola Picardi: “Não se pode negar que o contraditório não representa uma necessidade ‘imaneente’ ao processo, porque não diz respeito diretamente ao momento fundamental do juízo. A sua função se exaure no garantir às partes a ‘paridade de armas’ através de uma contraposição mecânica de teses e assim, em última análise, em um instrumento de luta”⁵⁰. O autor explica que o momento fundamental do juízo é o julgamento para, a seguir, resumir que “o contraditório não constitui tanto um instrumento de luta entre as partes quanto, mais do que tudo, um instrumento de operação do juiz”⁵¹.

A velha referência que o contraditório pode ser direto (em geral), diferido (na hipótese de uma limitar) ou eventual (caso da execução ou cumprimento de sentença) trabalha com um contraditório estático, o esqueleto formal de contraditório, sua previsão abstrata. O contraditório possui uma vinculação estrutural com o processo, o que não o afasta de uma vinculação funcional e prevalente para com a tutela do direito. Em outras palavras: se o contraditório é algo obrigatório à tutela jurisdicional promovida pelo processo justo, o contraditório não é obrigatório à tutela do direito por via alternativa ao processo (e mesmo que exista algum efeito de tutela jurisdicional a encobrir o negócio jurídico, art. 1.124A do CPC).

O contraditório significa um aparato para a investigação da verdade provável, ou seja, para oferecer um ótimo ou um mais convincente contexto para a decisão. Aliás, o juiz é um homem de carne e osso, e precisa que cada uma

⁴⁹O formalismo se organiza para um desfecho assimétrico, no qual a heterocomposição do litígio vincula obrigatoriamente as partes. A cada posição jurídica manifestada pelas partes e pelos intervenientes, aparece o Estado, por intermédio do juiz, para organizar e distribuir os riscos do procedimento aos agentes em discussão. Inclusive quando eles realizam atos e negócios jurídicos nos termos do direito material, a internalização desses eventos ao processo é acertada pela necessária interlocução da jurisdição, que de alguma forma deve chancelar a matéria subjacente (através do ato processual típico e *invisível*). Toda essa estrutura deve ser relativizada pelo rasgo do contraditório no sentido dinâmico, porque ele se plastifica com a finalidade de atender os interesses dos sujeitos, com o norte voltado para a efetiva tutela dos direitos.

⁵⁰ PICARDI, Nicola. *Audiat et altera pars*: as matrizes histórico-culturais do contraditório. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 142.

⁵¹Idem, *ibidem*.

das partes colabore com o Estado-juiz para chegar a uma decisão. O contraditório em sentido dinâmico, isto é, o contraditório em movimento, mantém o processo com o equilíbrio possível para se chegar à tutela jurisdicional. É como andar de bicicleta: o movimento mantém o sujeito em equilíbrio dinâmico, se ele parar de pedalar, cairá para um dos lados. No processo, a colaboração das partes para com o julgador mantém um equilíbrio ao circuito, de maneira que seja alcançada a melhor solução para o caso. Contudo, se *desde fora* (ou desde o *direito material*) as partes acenam com um negócio jurídico que resolve o objeto do processo, não sobra nada a ser utilizado pela *metodologia di ricerca*⁵² do contraditório, assim como é dispensada a necessidade do julgamento e da coisa julgada. O negócio jurídico entre as partes assume a feição de um ato jurídico perfeito e, portanto, goza da força de um direito fundamental (art. 5º, XXXVI da CRFB). A Constituição e o direito material tutelam a posição jurídica dos sujeitos parciais, e não será a normatividade do processo civil – com uma altíssima ou arbitrária obsessão pela assimetria burocrática – que impossibilitará a extinção do processo.

A força normativa dos direitos fundamentais ilumina todo o ordenamento jurídico. Mais ainda, reclama para que todas as disciplinas jurídicas devolvam essa energia à consolidação do sistema⁵³ constitucional, porque a Constituição é uma empresa programática em diuturna construção. Gustavo Zagrebelsky propõe uma dialética que resume o pluralismo das forças jurídicas e políticas em peculiar profusão no atual quadrante do Estado Constitucional: “Para darse cuenta de esta transformación, ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que

⁵² Nicola Picardi, *Manuale*, p. 233.

⁵³ A própria noção de “sistema” é peculiar ao esquema do direito constitucional, que é de certo mais aberto. Com efeito, a Constituição trabalha o jurídico e também o político, abarca normas que coloca em nítido contato esses dois planos, logo, a abertura é sintomática. Friedrich Müller registra que “ao menos no direito constitucional, a ‘sistemática’ quase sempre não é um dado normativo único, mas uma suposição teoricamente antecipadora. Ademais, o legislador (constitucional) também pode normatizar ‘assistemáticamente’ ou ‘contrariamente ao sistema’. Por isso, em tais casos a decisão sobre contradições metodológicas deve em última instância ser localizada na função limitadora do texto da norma interpretada, característica para o Estado de Direito”. MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 101.

todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir. La <política constitucional> mediante la cual se persigue ese centro no es ejecución de la Constitución, sino realización de la misma en uno de los cambiantes equilibrios en los que puede hacerse efectiva”⁵⁴.

O ato processualizado é uma realidade.

A disposição ou a negociação que as partes efetuam sobre o objeto do litígio não chega a ser uma rotina, mas, sobretudo, é um aconselhamento e uma tendência alvitrada pelas próprias instituições (campanhas como a da semana nacional da conciliação, entre outras). Assim, formular condições absurdas ou de alguma forma obstaculizar o trânsito do negócio jurídico, do direito material, para o interior do processo, e com isso defender uma não extinção do processo, acaba por violentar tanto a Constituição como o direito material. A violência chega a ser institucional.

A autonomia privada produz o ato jurídico perfeito. A convergência entre os sujeitos parciais dispensa a metodologia do contraditório e o processo mesmo. Quanto maior a autonomia privada, menor a necessidade da heterocomposição. Em última análise, dificultar a extinção do processo por ocasião do advento do ato processualizado malogra uma compreensão sistêmica sobre a abertura cognitiva do processo. Quero dizer, pensar que jamais as partes poderiam dispor do contraditório efetivo, dispor do processo, e dispor do julgamento e da coisa julgada, conduz o processo civil à feição de uma ilha – fechada operativa e fechada cognitivamente.

Isso não retira o valor da tutela jurisdicional – pelo contrário, abre mais um valor para atender as necessidades das pessoas, em um sistema multi-portas de proteção.

Conclusão

A tutela do direito confere proteção às necessidades do direito material e, por decorrência, reflete as diretrizes que a técnica processual deve atender para satisfazer tais necessidades. Daí já não se falar, simplesmente, no velho discurso de “adaptar” o processo ao direito – trata-se de um rompimento paradigmático muito mais profundo, porque direito e processo caminham juntos na função de dignificar a pessoa, através da ponderação da efetividade e

⁵⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 14.

da segurança jurídica, e para o alvitre de entregar a liberdade, a igualdade e a solidariedade compromissadas constitucionalmente.

Para tanto, o sistema “multiportas” de tutela pode ser manuseado por intermédio de julgamento (tutela jurisdicional no sentido estrito) ou por meios autocompositivos equivalentes (ato jurídico perfeito). Tudo com o propósito de alavancar a pessoa como vértice de qualquer construção jurídica que passa a operar.

Não mais a “ação”, a “jurisdição” ou o “processo” consistem no núcleo do processo civil. O princípio reitor ou a mola impulsionadora de pensar o processo se denomina “tutela dos direitos” (no mais das vezes, angariada, no processo, pela tutela jurisdicional).

CASTRO, C. B. de, The jurisdictional protection as the nuclear principle of civil procedure. *Justitia*, São Paulo, v. 209/210/211/212, p. 61-97, Jan./Dec. 2017-2018.

- **ABSTRACT:** The civil procedure surprises different methodological phases, each one with a nuclear institute that make several consequences, both in theoretical terms as in the operational dynamics. Therefore, the protection or the result itself is a privilege of as a methodological point, as the principal principle, or as the pivot of the system, giving to the process a constitutional perspective, especially by bringing it closer to the needs of material law – the real needs of the people of the real world.
- **KEYWORDS:** Procedure law. Protection. Principle. Methodology.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed, tradução da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2011.ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *RDA* 215.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CASTRO, Cássio Benvenuto de. Decadência da potestade invalidante do ato administrativo. *Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF*, n. 105, abril/2010.
- _____. Tridimensão jurídico-penal da culpabilidade. *Temas de ciências penais: na perspectiva neoconstitucional*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

COSTA E SILVA, Paula. *Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direitos fundamentais. Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Trad. Alexandre Salim; Alfredo Copetti Neto; Daniela Cademartori; Hermes Zaneti Júnior; Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

GUASTINI, Riccardo. *Os princípios constitucionais como fonte de perplexidade*. Trad. Anderson V. Teixeira. In TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi (org.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri: Manole, 2010.

LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Trad. Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis: Vozes, 2009.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MACCORMICK, Neil. *Prólogo: a teoria institucional e a perspectiva do legislador. Retórica e o Estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICARDI, Nicola. *Audiatur et altera pars: as matrizes histórico-culturais do contraditório*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Do juízo ao processo. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EdIPucrs, 2008.

TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno Studio della genesi dottrinale e ideológica del vigente código italiano di procedura civile. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

Direito à Vida, Qualidade de Vida, Autonomia Privada e Testamento Vital

Rachel SZTAJN*

Milton BAROSSO FILHO**

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 O testamento vital no Direito e sua função. 2 Qualidade de vida: bem personalíssimo e disponível. 3 Qualidade de vida: as funções do Direito. Conclusões. Referências
- **RESUMO:** Autonomia privada, faculdade para dispor sobre os próprios interesses, diferente da antiga autonomia da vontade, encontra limites legalmente predispostos. Testamento, no Direito, é instituto em que se declara a vontade relativa à destinação de bens de um titular, respeitada a parcela indisponível por força de previsão legal ou decisão judicial. Acrescentado o termo vital ao instituto testamento, confere-se às pessoas, maiores e capazes, poder para dispor da manutenção da vida em condições pouco ou nada dignas e humanas. Coloca-se, dessa forma, a questão da disposição quanto à preservação da vida se e quando, em momento futuro, mesmo diante de avanços científicos, a pessoa se vir sujeita a diagnósticos de outras patologias sem que se disponha de tratamentos eficazes sem, na ocasião, estarem capacitadas de se manifestar sobre manter-se as funções vitais à custa de acervo sofrimento. Presta-se a tanto o testamento vital, que pode ser revogado a qualquer tempo por quem o tenha elaborado, preso ao respeito aos direitos humanos, que, quando a vida chega a estágio terminal, manifesta-se no direito de morrer com dignidade. Em contraste, gastos elevados com cuidados médico-hospitalares no final da vida nem sempre resultam em benefícios quer para o paciente quer para a sociedade, além, claro, da possibilidade de que se configure situação de enriquecimento sem justa causa. Portanto, saúde não é simples ausência de doenças e sim vida com qualidade e esta avaliação é personalíssima, o que facilita a recepção do testamento vital.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Testamento vital. Autonomia vital. Qualidade de vida. Direito personalíssimo. Disponibilidade. Enriquecimento sem justa causa.

* Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

** Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

Introdução

Autonomia privada, faculdade para dispor sobre os próprios interesses, diferente da antiga autonomia da vontade, tem limites legalmente predispostos. Normas cogentes, interesse público, por exemplo, ficam fora da esfera de exercício daquela faculdade. Destarte, como o título proposto evidencia, a pretensão deste texto é discutir se pessoas, maiores e capazes, podem decidir se e quando prolongar a vida sem qualidade e quando se justifica preferir o desfecho final, certo, da existência que é a morte.

A discussão tem como prioridade enfrentar um dilema que é o direito à vida em oposição ao direito à morte tendo como foco pessoas acometidas de moléstias incuráveis, ou seja, sem terapêutica(s) que debele(m) a(s) patologia(s), em que a condição de saúde piora continuamente. Não se trata de discutir casos de portadores de doenças crônicas, mas que dado o estágio do conhecimento, podem ser tratados e preservar a qualidade de vida.

Focando o tratamento de pacientes terminais, indaga-se se, e por quanto tempo devem ser mantidos vivos, em situação que, muitas vezes, impõe constrangimento, a par de elevados custos, no que se convencionou denominar tratamentos evasivos ou se deve-se acatar o que, antecipadamente, dispuseram sobre o bem “vida”, personalíssimo e intransferível e, para tanto, ocorrendo tal situação fática, terem optado por “antecipar” a morte, sem agonia e dor.

Trata-se, pois, de analisar os limites para o exercício da autonomia privada quando o bem em questão é a vida que, segundo norma constitucional, é direito de todos. Mas o legislador constituinte não especifica se se trata de direito disponível, ou não. Tanto é que, nada obstante tal dispositivo legal, o Supremo Tribunal Federal entendeu que aborto de fetos anencéfalos não deve ser criminalizado, assim como não se penaliza a remoção de órgãos de pessoas com morte cerebral, nada obstante conservem as funções vitais, apressando a morte física.

Dessa forma, a seção encerra discussão acerca do papel do instituto do testamento vital e sua função no Direito. A relevância da qualidade de vida, enquanto bem personalíssimo e disponível é o propósito da seção III. Na seção IV relaciona-se a função do Direito em face da busca da qualidade de vida. Por fim, uma seção conclusiva encerra o artigo.

1 O testamento vital no Direito e sua função

Tanto no caso dos fetos anencéfalos, quanto nas circunstâncias de remoção de órgãos de pessoas com morte cerebral declarada, a ciência demonstrou

que o órgão que comanda o corpo humano, suas funções vitais, é o cérebro, não como se supunha, antigamente, que apenas a parada cardíaca deveria ser entendida como fim da vida. Também, nesses exemplos, leva-se em conta tanto o futuro do feto anencéfalo, quanto a possibilidade de utilizar os órgãos de quem teve morte cerebral reconhecida, para transplantes que salvem ou, no mínimo, melhorem a qualidade de vida de outras pessoas.

No caso de anencéfalos a ciência constata que o lapso temporal que o recém nascido sobrevive ao parto e mantêm as funções vitais, é reduzido. No caso de morte cerebral, similar à anencefalia, dado o benefício gerado pelo transplante de órgãos a pessoas que deles necessitam, reconhece-se que a situação é de óbito, o que resulta em relação custo-benefício positiva, pois os órgãos removidos, utilizados em transplantes, melhorarão a qualidade de vida de outra(s) pessoa(s), havendo, portanto, nos dois casos, incorporação do reconhecimento da verdade científica de que as pessoas não teriam sobrevivido longa. O sofrimento, por vezes agudo, causado por problemas de saúde, requerendo, com frequência, o uso de potentes analgésicos que, sabe-se, tendem a reduzir as funções vitais é o custo a ser comparado ao benefício acima expresso.

Diante dos avanços científicos, mesmo os mais otimistas, devem ter presente a incerteza quanto a descobertas para a cura de certas patologias. De mais disso sabe-se que o mesmo avanço do conhecimento leva a diagnósticos de outras patologias sem que se disponha de tratamentos eficazes. Em face disso é que se põe a questão sobre dispor quanto à preservação da vida se e quando, em momento futuro, a pessoa se vir sujeita a uma dessas situações sem, na ocasião, estarem capacitadas de se manifestar sobre manter-se as funções vitais à custa de acerbo sofrimento. A isto presta-se o testamento vital.

Testamento, no Direito, é instituto em que se declara a vontade relativa à destinação de bens de um titular – respeitada a parcela indisponível por força de previsão legal ou decisão judicial. Aplica-se, de regra, a direitos patrimoniais disponíveis. Ao acrescentar o termo vital ao instituto testamento, confere-se às pessoas, maiores e capazes, poder para dispor da manutenção da vida em condições pouco ou nada dignas e humanas, inobstante esse bem, a vida, não ter natureza patrimonial.

No Brasil o suicídio não configura crime, logo de admitir-se sejam previstas instruções relacionadas à recusa de tratamentos ineficazes, na linha do que a bioética prevê quanto à recusa de procedimentos médico/terapêuticos, se o paciente estiver devidamente informado dos efeitos que sua decisão lhe imporá.

2 Qualidade de vida: bem personalíssimo e disponível

Outra leitura que se coloca ao problema ainda em se de testamento vital é a qualidade de vida, bem personalíssimo e disponível. Se a pessoa recusa tratamento(s), e, com isso compromete sua qualidade de vida, o reverso é possível no pleno gozo de suas faculdades mentais, pois predispõe-se a antecipar a morte quando a sua qualidade de vida desaparecer.

O que se prevê no testamento vital é que, se no estado da arte a medicina não dispuser de medicamentos ou procedimentos curativos que possam restabelecer a qualidade de vida, a opção escolhida é a antecipação da morte e, enfatize-se, sem sofrimento. Tal decisão deve ser respeitada pelos familiares. O profissional de saúde, contudo, dada sua autonomia, pode desrespeitar o testamento vital se ferir a ética médica ou contrariar seu credo religioso, casos em que deve solicitar que o paciente seja cuidado por outro profissional.

Não há, no direito positivo brasileiro, diversamente de outros ordenamentos, previsão legal sobre esse instrumento. Não se questiona que as pessoas tenham direito à morte digna, isto é, sem prolongamento artificial da vida, não as sujeitando a terapêuticas ineficazes no plano curativo, ou que gerem benefícios marginais irrisórios. Tampouco, admitir o testamento vital como expressão do exercício da autonomia privada significa ignorar o disposto no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República, de 1988, cláusula pétrea. Médicos são formados para salvar, preservar vidas, portanto independentemente do texto constitucional, consideram que têm a missão de auxiliar as pessoas a recuperarem sua qualidade de vida ou de saúde.

Segundo a Organização Mundial da Saúde, qualidade de vida significa o mais completo bem-estar físico, mental e social, valores personalíssimos. De outra forma, a pessoa sentir que, dadas as circunstâncias e limitações, consegue alcançar o máximo de bem estar individual. Nesse quadro estariam incluídas as expectativas e preocupações futuras.

Esse enquadramento leva a indagar se paciente, incurável, em fase terminal, deve ser mantido vivo nada obstante suas funções vitais sejam precárias. Talvez se encontre resposta em BECKER et al (2007)¹. Os autores afirmam que análise sistemática e racional de incentivos relacionados a cuidados no final da vida, indicam que não há como valorar esse bem, mas que os custos

¹ BECKER, G., MURPHY, K. e PHILIPSON, T. The value of life near its end. *National Bureau of Economic Research Working Paper # 13333*. Cambridge, MA: NBER, 2007.

de oportunidade das despesas com tratamentos fúteis, incluindo a esperança de inovações, levando em conta o que se deu com a AIDS, são, ainda assim bastante elevados.

Supondo-se se considere esses custos como “investimento”, dado que o total de recursos destinados a cuidados com a saúde são escassos, a alocação é ineficiente e pode prejudicar terceiros. Gastos excessivos impactam a distribuição geral das despesas com saúde. Ademais, não se pode descuidar de que, mesmo de maneira não intencional, o prolongamento da vida em situações irreversíveis, por meio de tratamentos fúteis e evasivos, pode caracterizar forma de enriquecimento sem causa, principalmente em situações que os custos de cobertura desses procedimentos sejam sobremaneira privados.

Dado que expectativa de cura é baixa, remota, e que evento morte é bastante concreto, o dilema sobre o valor da vida sem qualidade, muitas vezes de forma vegetativa, leva a admitir o exercício da autonomia privada para dispor sobre a própria vida e, portanto, não criminalizar a ortotanásia². O que se questiona no caso do testamento vital é se, aceito socialmente em situações nas quais é inviável garantir qualidade de vida, a decisão de escolher antecipar a morte, contando para isso com a “colaboração” de profissional da saúde é legítima e, portanto, deverá ser respeitada, o que se dá em número crescente de países.

À falta de testamento vital formal, podem os familiares solicitar ao profissional da saúde que acelere o desfecho morte, substituindo-se à pessoa em coma? Podem informar que sabem que tal seria a decisão se a pessoa pudesse se manifestar? Haveria estímulo a algum egoísmo em face da dificuldade de conviverem, impotentes, com o sofrimento da pessoa?

Em interpretação estreita o direito à vida implica a inexistência, no Brasil, da pena de morte para o autor do delito independente da sua gravidade, dos resultados impostos à(s) vítima(s). Comparando direito à vida de quem seja assassinado e o do criminoso, subentende-se que uma vez que a morte, evento futuro e certo, ocorreu, preserva-se a vida de quem foi responsável pela sua antecipação.

² A ortotanásia visa evitar manter o paciente em fase terminal mediante analgesia, com a consequente redução das funções vitais. Isto não fere o disposto no artigo 5º., *caput*, da Constituição da República de 1988, uma vez que se respeita a vontade expressamente declarada da pessoa.

3 Qualidade de vida: as funções do Direito

COOTER & DEPIANTO³ afirmam que os riscos de morte acidental resultante de escolhas individuais são analisados da perspectiva da relação custo-benefício, comparando comportamentos individuais e as comunidades sob a ótica da precaução que, aplicados ao bem “saúde”, sugerem se busque equilíbrio entre os custos de precaução e a redução de riscos de danos. Acentuam que quando o resultado da ação for a morte os valores atribuídos às decisões individuais e sociais são distintos.

Apontam, ainda, que, no concernente à vida, tem-se práticas de tribos indígenas em que a pessoa doente prefere morrer a tornar-se um fardo para a família e/ou demais membros da tribo, assim como entre esquimós que se afastam da comunidade para não ser peso sobre os demais. Para essas populações as normas sociais priorizam o grupo sobre o indivíduo, possivelmente porque, rompidos os vínculos grupais a sobrevivência do grupo estaria ameaçada.

Outras práticas são as precaucionárias, como, por exemplo, campanhas de vacinação, determinação do uso de cintos de segurança e capacetes para motociclistas e ciclistas, a par de investimentos em saneamento básico. Tais medidas visam a mitigar riscos de resultados adversos, servindo para preservar a qualidade de vida em caso de acidentes.

O prolongamento da vida de paciente terminal sob a ótica da qualidade de vida, é subjetivo, podendo ser tratado como função utilidade. Supondo que os recursos investidos sejam do paciente/familiares, ainda convém avaliar se não há redução de leitos/equipamentos que poderiam ser utilizados de forma mais eficiente por outras pessoas.

COOTER & DEPIANTO (2016) avaliam os riscos de danos oriundos de ações de terceiros com foco na responsabilidade civil (*tort*), e concluem que a precaução pode ser utilizada como medida do valor da vida e que o alinhamento entre padrões de cuidados preventivos e danos, sinaliza-se aos potenciais infratores, pelo valor das indenizações, que pode ser significativo, como instrumento inibidor de ações indesejáveis. Função promocional do Direito, sem dúvida.

³ COOTER, Robert D. & DEPIANTO, David E. Community versus market value of life. *William & Mary Law Review*, vol. 57 (3), p. 713-773, 2016.

Qualidade de vida associada à longevidade amplifica o valor da vida o que não se dá com pacientes terminais que tenderão a valorizar o período anterior e, até mesmo, arrepender-se de não tê-la aproveitado mais. A discussão quanto aos valores sociais e a vida humana permite avançar para o tema central do texto, a autonomia privada e a legalidade/validade do testamento vital, chamando a atenção para esse instrumento (ou instituição social) de forma que operadores do Direito e profissionais da Medicina, respeitem as determinações de terceiros.

Resistências à autodeterminação individual no uso da faculdade de dispor sobre a própria existência, ou, de outra forma, do direito de morrer com dignidade, com menos sofrimento, precisam ser enfrentadas. O alinhamento entre Direito e Medicina, ou ciências da vida, deve ter presente a individualidade das pessoas e os interesses das comunidades. Em suma, parece que, inexistindo proibição expressa ao testamento vital, o respeito à autonomia privada induz que o aceite e respeite.

Emerge, assim, desse exercício da autonomia privada outro aspecto: um eventual choque de princípios entre o paciente/família e o profissional de saúde responsável pelos cuidados cuja formação é voltada para salvar/preservar vidas. A questão passa pela ética médica, sem dúvida, mas também abrange o respeito a valores religiosos do profissional de saúde. Praticar a ortotanásia ou recusar-se a fazê-lo é decisão individual e soberana do profissional da saúde, ficando a salvo de procedimento penal ou civil.

A alocação eficiente de recursos escassos não valida sejam empregados em tratamentos ineficazes, pois mesmo a solidariedade social passa pelo crivo da preservação do máximo de vidas com qualidade possível. O embate entre diferentes esferas, a privada e a pública, expõe o dilema referente ao direito à vida e seu reverso, o poder de disposição individual da própria vida. Pode o Estado impedir que a pessoa escolha morrer sem dor, especialmente quando há perda substancial da qualidade de vida? Por que impor que a pessoa que não quer sofrer inutilmente, se ou quando não houver perspectiva de cura, pretender-se que não tenha direito de se manifestar no sentido de preservar sua dignidade? Se desestimular a prática de medicina defensiva e seus custos é importante função do ordenamento jurídico, negar a observância de testamento vital resulta em alocação negativa de recursos escassos.

A propósito do respeito à autodeterminação, aponta-se decisão judicial que interdita jovem de 22 anos de idade que, com problemas renais

incuráveis, se recusa a fazer hemodiálise⁴. A mãe, preocupada com a manutenção da vida do filho, ainda que sem qualidade e sem prognóstico de cura, foi a autora do pedido impondo-se ao rapaz, interditado, compulsoriamente, submeter-se à terapêutica, hemodiálise, ainda que, ao menos no estado atual do conhecimento, não haja previsão de cura.

A intervenção materna, que não deveria ter prosperado, viola o direito à autodeterminação da pessoa maior e capaz. Trata-se de egoísmo da mãe que prefere o filho vivo, ainda que sua qualidade de vida seja baixa ou, efetivamente, o jovem tem problemas psíquicos sendo, pois incompetente para se autodeterminar? A inviolabilidade do direito à vida abrangeria a importância da qualidade de vida, valor umbilicalmente ligado à dignidade humana?

Médicos entendem que a falta de qualidade de vida é doença e que isto é, muitas vezes, não passível de cura. Onde há justiça em se manter viva uma pessoa se não há perspectiva de cura? Por que não admitir que as pessoas, maiores e capazes possam dispor, antecipadamente, sobre sua preferência quanto à morte?

A partir da premissa de que pessoas valorizam a vida, há que considerar se isto se restringe à vida com qualidade ou se se aplica a qualquer espécie de vida. Por que entre os esquimós a regra é que pessoas que não podem mais contribuir para o bem estar do grupo se afastam? A resposta, com certeza, é que não devem sobrecarregar a comunidade. Entre tribos indígenas há regras similares, o que denota que perda irreversível da qualidade de vida é, sim, elemento relevante na tomada de decisão. Talvez se trate de forma especial de solidariedade.

Como o evento morte é certo, apenas não se sabe quando e como, a decisão individual de cada pessoa capaz deriva da análise de múltiplos fatores, entre os quais, nas sociedades modernas: avanços do conhecimento e da medicina, que podem retardar o evento morte a que se adicionam os elevados custos derivados da alocação ineficiente de recursos escassos, além

⁴ Decisão do juiz Éder Jorge da 2ª. Vara Cível de Trindade, Goiás. Na decisão, o juiz nomeou a mãe do rapaz, Edina Maria Alves Borges, de 55 anos, sua curadora “para que adote as providências necessárias para o cumprimento das prescrições médicas e cuidados com a saúde”. Também recomendou que o rapaz passe por acompanhamento psicoterapêutico. Disponível em: <http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,justica-determina-interdicao-de-jovem-que-recusa-hemodialise-para-morrer-em-goiania,70002099942>. Acesso em: 15/02/2018.

da perspectiva, mesmo que inconsciente de se permitir enriquecimento sem causa. Assim, a escolha da prioridade entre social e individual, deve respeitar decisão do paciente competente quanto a livremente determinar o que para si entenda como melhor.

Problemas associados a cuidados com a saúde, o artigo 196 do texto constitucional, ao dispor sobre direito à saúde, induz-nos a considerar que existe solução curativa após diagnóstico da patologia. Essa interpretação está em descompasso com discussões bioéticas que entendem que saúde não é simples ausência de doença, mas, dados os avanços do conhecimento, melhor compreensão do ser humano, é entendida como qualidade de vida, ligando bem-estar físico e emocional.

Diferentemente de outros bens e serviços, em relação à saúde, o resultado do tratamento é incerto. A obrigação dos profissionais de saúde é um fazer de meios e não de resultados, mas como cada pessoa pode reagir diferentemente a medicamentos/procedimentos, a questão é, ainda, mais problemática nada obstante todos os cuidados adotados pelos profissionais de saúde, testes populacionais e recomendações.

Isto, por óbvio, não significa que incentivos/precauções, devam ou possam ser afastados da discussão, mas leva à ampliação dos limites do que sejam cuidados com a saúde, e abre espaço para separar o coletivo do individual, especialmente quanto à tomada de decisões envolvendo saúde/qualidade de vida. Os riscos de adoecer são reais, mesmo com a adoção de cuidados preventivos e não se pode contar com garantia de superação da moléstia.

O artigo 196 acima mencionado atribui ao Estado o dever de prover cuidados se e quando a pessoa adoecer. A universalização de tal dever incentiva o *moral hazard*, isto é, comportamentos individuais em que há pouca ou nenhuma prevenção dado que o ônus econômico-financeiro do evento doença recairá sobre o Estado/comunidade, na grande maioria dos casos.

Ainda quando racional, nem sempre o ser humano age de forma objetiva. Por vezes deixa em segundo plano os efeitos adversos ou as sequelas causadas pela doença. O pressuposto usual, que as pessoas serão cuidadosas com sua saúde e bem-estar, que egoistamente priorizam na ordem de escolhas racionais, nem sempre é correto.

A generosidade do legislador constituinte de 1988, sem estabelecer teto para os gastos com saúde, e o desaparecimento do seguro saúde até então ofertado no país após 1998, sem atentar para questões atuariais, tem como resultado a crescente litigiosidade da saúde no Brasil, pois cabe ao Estado o dever de prover atendimento aos cidadãos, individualmente e sem qualquer

limite seja de infraestrutura hospitalar, farmácia, profissionais da saúde, para toda e qualquer patologia.

Evidente que as demandas podem ser infinitas mas os recursos físicos e humanos são limitados. Haverá algum critério de seleção no atendimento? Ordem de chegada, possibilidade ou não de cura, como organizar a fila? E diante da inexistência de perspectiva, dado o estado da arte, o conhecimento, as tecnologias e drogas para levar ao resultado cura, o que fazer? Qual o critério decisório a ser privilegiado?

Supondo que a regulação do mercado de saúde deveria voltar-se para a qualidade dos serviços diante da crescente demanda, o que se constata é que a estrutura existente é insuficiente, tanto a estatal quanto a privada para quem não tem recursos para arcar com os crescentes custos dos serviços de saúde, custos esses que se avolumam quando se recorre a cuidados paliativos. Escassez de recursos e demanda crescente, sem considerar o *moral hazard* muitas vezes validado pelo judiciário, o testamento vital pode ser considerado alternativa que, ao mesmo tempo, preserva a dignidade humana, o direito de morrer sem sofrimento e sem ser submetido a tratamentos evasivos, reduz os custos sociais abrindo espaço para que mais pessoas sejam atendidas.

Como expressão da vontade individual de pessoa maior e capaz, a declaração tem legitimidade mesmo que não expressamente prevista em lei? Podemos dispor sobre nossa própria vida? Resposta negativa teria que ter como consequência a punição de suicídio ou sua tentativa, o que não está previsto no Código Penal. A resposta positiva permitiria acatar desejos antecipados de pessoas que, devidamente informadas sobre tratamentos fúteis, prefiram a eles não se submeter.

Isto, em certa medida, reduziria o ônus de internações hospitalares quando a manutenção da “vida” com qualidade e não paliativa, é impossível. Por isso cuidados paliativos visam a reduzir o sofrimento, a dor, recorrendo à sedação conquanto se saiba que esse procedimento reduz as funções vitais. A relação profissional da saúde-paciente/familiares, deve estar baseada na confiança e no respeito às respectivas esferas jurídicas. Outro problema está, com certeza, na assimetria informacional que, nessa relação é, de regra, abissal.

Assim, mesmo em face de testamento vital, a relevância das informações prestadas a pacientes e familiares sobre terapêuticas, efeitos colaterais, tratamentos alternativos e resultados possíveis, deve ser absoluta. O direito à saúde pressupõe a possibilidade de cura; adoecer é evento imprevisível, incerto, futuro e não sabido, desde que sejam adotadas certas precauções.

Logo, associar saúde e qualidade de vida/bem-estar traz à luz a relevância de decisões individuais visto que os valores envolvidos são pessoais, variam de pessoa para pessoa. Se a escolha for não sujeitar-se a tratamentos inócuos, e isto for comunicado aos profissionais de saúde, ou estiver disposto em testamento vital, particularmente quando o paciente não for mais capaz, não estiver na posse plena de suas faculdades mentais, o respeito à vontade pregressa deve ser absoluto, sem interpretações enviesadas por valores e critérios de terceiros. No extremo, o testamento vital é a mais importante manifestação, o exercício principal, da autonomia privada.

Por outro lado, ao atribuir ao Estado providenciar, disponibilizar, tratamentos que possibilitem a recuperação de enfermos, não se considerou a impossibilidade de recuperação, de terapêuticas curativas, gerando efeitos de segunda ordem ou externalidades negativas que, resultante do direito à saúde, impactam terceiros, pessoas que poderiam ser curadas mas não têm acesso aos serviços de saúde, ou aumento substancial das mensalidades cobradas pelos planos de saúde.

Em que medida normas sociais podem estimular as pessoas a se precaverem e, em alguma medida, disporem sobre o final de suas vidas quando faltarem instrumentos/medicamentos que possam levar à cura? Priorizar a pessoa deixando em segundo plano a comunidade, envidando esforços inúteis para tentar manter a vida de paciente terminal em instituições hospitalares públicas ou onera o setor e as externalidades negativas ou efeitos de segunda ordem redundam em privar outras pessoas de cuidados que, prestados tardiamente, gerarão perda de qualidade de vida.

Conclusões

Evidente que os custos sociais resultantes do desrespeito a um desejo da pessoa, devidamente declarado e informado ao(s) profissional(ais) de saúde, instituições hospitalares e familiares, que leve a decisões judiciais contrárias, são sobremaneira elevados e indesejáveis. De forma pragmática, por que uma vida vale mais do que outra(s)?

Porque a vontade do paciente parece menos relevante do que o dever do Estado de prover cuidados de saúde, o que se reputa prestação obrigatória sem considerar a realidade fática. Cabe ainda aqui menção à medicina defensiva. O temor de serem sujeitos passivos de procedimentos indenitários, sob o argumento de que não agiram de forma prudente ou diligente, tem como efeito direto, a solicitação de exames laboratoriais sofisticados e caros, adotados pelos profissionais da saúde.

A defesa do testamento vital, que pode ser revogado a qualquer tempo por quem o tenha elaborado, prende-se ao respeito aos direitos humanos, que, quando a vida chega a estágio terminal, manifesta-se no direito de morrer com dignidade, sem ou com o mínimo sofrimento possível. Autonomia privada, no plano da saúde, faz da vida, em circunstâncias específicas, um direito disponível que deve ser respeitado, salvo revogação posterior, ou existência de terapêuticas/procedimentos médicos, curativos sem perda da qualidade de vida.

Gastos elevados com cuidados médico-hospitalares no final da vida nem sempre resultam em benefícios quer para o paciente quer para a sociedade. O valor social da vida deveria considerar o potencial de contribuição para a sociedade de cada indivíduo. Pode-se, nesse contexto, incluir pesquisa, avaliação de novos procedimentos e seu impacto em cuidados de saúde o que depende de consentimento prévio e esclarecido das pessoas. Mais importante, porém, é que não há critério claro, transparente, para apreçar a vida de uma pessoa, contudo sabe-se que o custo de cuidados terminais pode ser significativo.

Portanto, entender que saúde não é simples ausência de doenças e sim vida com qualidade e que esta avaliação é personalíssima, facilita recepcionar o testamento vital.

SZTAJN, R. e BAROSS FILHO, M., Right to Life, Quality of Life, Private Autonomy and Living Will. *Justitia*, São Paulo, v. 209/210/211/212, p. 98-110, Jan./Dec. 2017-2018.

- **ABSTRACT:** Private autonomy is the faculty for disposing of one's own interests. It has legally predisposed limits, unlike the old autonomy of the will. In law, testament is a document that contains a declaration of will regarding the destination of the holder's assets, which must include the portion unavailable due to legal provision or judicial decision. Additionally, "Living will" is a concept that describes the power that people of legal age have to decide on whether or not to keep themselves alive if they were seriously ill. On this perspective, there is a debate on preserving the lives of those who may not be able to take such decision in the future, depending upon their mental capabilities. The living will plays a role on that discussion. Moreover, the person who endorses his or her own living will could revoke it at any time. Such decision takes the respect for the human rights into account, which is related to the right to die with dignity. However, having high expenses with medical and hospital care at the end of one's life does not

always result in benefits either for that person or for the society. In fact, it could promote unjust enrichment. Therefore, health is not simply the absence of disease. It means quality of life. Also, the right that people have to decide on that matter is exclusive, which makes the acceptance of the living will easier for everyone.

- **KEYWORDS:** Living Will. Vital autonomy. Quality of life. Very personal right. Availability. Unjust enrichment.

Referências

- AKERLOF, George. The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 84 (3), p. 488-500, 1970.
- BECKER, Gary, MURPHY, Kevin e PHILIPSON, Tomas J. The value of life near its end. *National Bureau of Economic Research Working Paper # 13333*. Cambridge, MA: NBER, 2007.
- BECKER, Gary S., PHILIPSON, Tomas J. e SOARES, Rodrigo R. The quantity and quality of life and the evolution of world inequality. *American Economic Review*, 95(1), p. 277-291, 2005.
- BECKER, Gary S., MURPHY Kevin M. and TAMURA, Robert. Human capital, fertility, and economic growth. *Journal of Political Economy*, 98(2), p. 12-70, 1990.
- COASE, Ronald H. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*, vol. 03, p. 1-44, 1960.
- COOTER, Robert D. & DEPIANTO, David E. Community versus market value of life. *William & Mary Law Review*, vol. 57 (3), p. 713-773, 2016.
- POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 9ª edição. Nova York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.
- TOMASELA, José M. Justiça determina interdição de jovem que recusa hemodiálise para morrer em Goiânia. Disponível em: <http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,justica-determina-interdicao-de-jovem-que-recusa-hemodialise-para-morrer-em-goiania,70002099942>. Acesso em: 15/02/2018.

Marco Civil da Internet - Neutralidade de Rede e Liberdade de Expressão

Alexandre PONTIERI*

“Se me coubesse decidir se deveríamos ter um governo sem jornais ou jornais sem um governo, eu não hesitaria um momento em preferir a segunda alternativa.”

Thomas Jefferson (1743-1826, segundo presidente dos Estados Unidos)

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 A Neutralidade de Rede. 2 O Marco Civil da Internet. 3 Liberdade de Expressão na Constituição Federal. 3.1 Liberdade de Expressão - Declaração e Convenção das Quais o Brasil é Signatário. 4 A Neutralidade de Rede Traz uma Liberdade de Expressão Plena para o Uso da Internet no Brasil? 5 Internet e Liberdade de Expressão – Posição do Poder Judiciário. Conclusão. Referências.
- **RESUMO :** O presente artigo tem como objetivo tratar sobre a neutralidade de rede (*net neutrality*) e a liberdade de expressão, mais especificamente analisando a Lei Federal nº 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet, e que estabelece em seu texto princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. O artigo também trará o posicionamento atual do Poder Judiciário brasileiro em relação à liberdade de expressão quando em conflito com a lei federal 12.965/14.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Neutralidade de Rede. Marco Civil da Internet. Liberdade de Expressão. Liberdade de Expressão na Constituição Federal. Posição do Poder Judiciário sobre a questão da liberdade de expressão na Internet.

* Advogado com atuação nos Tribunais Superiores e no Conselho Nacional de Justiça (CNJ); Consultora da área tributária com foco principalmente no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF); Pós-Graduado em Direito Tributário pelo CPPG – Centro de Pesquisas e Pós-Graduação da UniFMU, em São Paulo; Pós-Graduado em Direito Penal pela ESMP-SP – Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Aluno Especial do Mestrado em Direito da UNB – Universidade de Brasília.

Introdução

O presente artigo tem como objetivo tratar sobre a neutralidade de rede (*net neutrality*) e a liberdade de expressão, mais especificamente analisando a Lei Federal nº 12.965, de 23 de abril de 2014¹, conhecida como Marco Civil da Internet, e que estabelece em seu texto princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

A neutralidade de rede é tratada no inciso IV, do artigo 3º, e no Capítulo III, da Lei Federal nº 12.965/2014, ao passo que a liberdade de expressão é tratada nos artigos 2º, 3º, 8º, 19, do referido diploma legal.

O artigo 9º da Lei Federal nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) estabelece tratamento isonômico aos fornecedores de acesso à internet (neutralidade de rede) e, como mencionado alhures, há dispositivos próprios tratando sobre a liberdade de expressão.

A questão principal que se coloca é saber se a neutralidade de rede traz uma liberdade de expressão plena para o uso da Internet no Brasil?

Para buscar responder esse questionamento, o presente artigo será dividido nos seguintes tópicos: 1) a neutralidade de rede; 2) o Marco Civil da Internet; 3) liberdade de expressão na Constituição Federal; 4) a neutralidade de rede traz uma liberdade de expressão plena para o uso da Internet no Brasil?; 5) Internet – liberdade de expressão – e a posição do Poder Judiciário; e 6) Conclusão.

1 A neutralidade de rede

A sociedade vem evoluindo cada vez mais e a Internet e as novas mídias têm papel fundamental nesses avanços.

O sociólogo espanhol Manuel Castells é um dos pioneiros a estudar os efeitos e reflexos da chamada “Sociedade em Rede”, conceituando-a como:

“(...) uma estrutura social baseada em redes operadas por tecnologias de comunicação e informação fundamentadas na microeletrônica e em redes digitais de computadores que geram, processam e distribuem informação a partir de conhecimento acumulado nos nós das redes”.²

¹ Lei Federal nº 12.965, de 23 de abril de 2014.

² CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede: do conhecimento à Política. In: Castells, Manuel; Cardoso, Gustavo (org.). A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Ação Política. Centro Cultural de Belém, 2005.

A Internet e as novas mídias diferenciam-se de outros meios de comunicação por suas novas formas de interação e participação, e não mais por um perfil passivo de receber informações (exemplo: TV).

Nas palavras de Jorge Sampaio, ex-Presidente de Portugal, *“com a internet e os meios de comunicação em tempo real, é notório, ainda, que vem ocorrendo alguma recomposição de rotinas, solidariedades grupais, práticas culturais e expectativas das gerações mais jovens; e tudo indica que o informacionalismo está a atingir, com efeitos precisos, os sistemas de valores, crenças e representações com os quais nos orientamos e aprendemos a pensar-nos a nós próprios e aos outros”*³.

Feita essa breve introdução, é necessário saber o que é a chamada neutralidade de rede (*net neutrality*) – fundamental para essa nova sociedade em rede.

O que é a neutralidade de rede?

Conforme nos ensinam os professores Irineu Francisco Barreto Junior e Daniel César, *“a paternidade do conceito da Neutralidade da Rede é devida ao professor Tim Wu, da Universidade de Columbia e teve o Chile como primeiro país a trazer para o seu ordenamento jurídico pátrio tal preocupação com a Neutralidade da Rede no ano de 2010. Em 2012 a Holanda foi o segundo país a inserir em seu ordenamento jurídico, trazendo que os prestadores e provedores estão proibidos de bloquear ou reduzir a velocidade de serviços ou aplicações na Internet, sendo permitidas práticas que minimizem os efeitos de congestionamento de tráfego, preserve a integridade e segurança da rede, restrinjam envio de spam e deem cumprimento a alguma determinação legal”*⁴.

O professor de Direito de Internet e Mídia na Universidade de Sussex, no Reino Unido, Christopher Marsden, é conhecido por ser um tradicional defensor da neutralidade da rede, e escreveu em sua obra *Net Neutrality: Towards a Co-regulatory Solution* que garantia de acesso do usuário à Internet com a Neutralidade de Rede possui dois elementos: um “positivo”, com maior

³ SAMPAIO, Jorge. A Sociedade em Rede e a Economia do Conhecimento: Portugal numa Perspectiva Global. P. 419. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/a_sociedade_em_rede_-_do_conhecimento_a_acao_politica.pdf

⁴ Marco Civil da Internet e Neutralidade da Rede: Aspectos Jurídicos e Tecnológicos. Irineu Francisco Barreto Junior e Daniel César. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. v. 12, n.1 / 2007 p. 65-88 (p.84). www.ufsm.br/revistadireito

qualidade de serviço, correspondendo a preços maiores, desde que fossem estabelecidos de forma justa e igualitária; e “negativo”, com a prática de degradação intencional do serviço pelo(s) provedor(es) de acesso, com consumidores que tentassem obter vantagem em suas conexões⁵

No ordenamento jurídico pátrio, de acordo com o disposto no artigo 9º, da Lei Federal 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), “o responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação”, ou seja, corolário do princípio da isonomia na transmissão de pacotes de dados sem qualquer tipo de distinção.

2 O marco civil da internet

A Lei Federal nº 12.965, de 23 de abril de 2014, estabelece princípios, garantias, direitos e deveres par o uso da Internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria (art. 1º).

O artigo 2º, da lei 12.965/2014 traz expressamente que “a disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: I – o reconhecimento da escala mundial da rede; II – os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; III – a pluralidade e a diversidade; IV – a abertura e a colaboração; V – a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VI – a finalidade social da rede”.

E como princípios o artigo 3º da lei 12.965/2014 elencou os seguintes:

“I – garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;

II – proteção da privacidade;

III – proteção dos dados pessoais, na forma da lei;

IV – preservação e garantia da neutralidade de rede;

V – preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;

VI – responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;

⁵ MARSDEN, Christopher. Net Neutrality: Towards a Co-Regulatory Solution. BloomsburyPublishing, 2010.

*VII – preservação da natureza participativa da rede;
VIII – liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet,
desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos
nesta Lei.”*

Os incisos I e IV são os que nos interessam na análise deste artigo, pois tratam sobre a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento (inciso I) e preservação e garantia da neutralidade de rede (inciso IV).

3 Liberdade de expressão na Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988 protege expressamente a liberdade de expressão, a liberdade de informação, de imprensa e a manifestação do pensamento – intelectual, artístico, científico etc.:

“(…) Art. 5º. (...)

*IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
(...)*

*IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica ou
de comunicação, independente de censura ou licença;
(...)*

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

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

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

*§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica
e artística”.*

Como muito bem delineado pelo Ministro Luís Roberto Barroso do Supremo Tribunal Federal, *“as liberdades de expressão, informação e imprensa são pressupostos para o funcionamento dos regimes democráticos, que dependem da existência de um mercado de livre circulação de fatos, ideias e opiniões. Existe interesse público no seu exercício, independentemente da qualidade do conteúdo que esteja sendo veiculado. Por essa razão, elas são tra-*

*tadas como liberdades preferenciais em diferentes partes do mundo, em um bom paradigma a ser seguido”.*⁶

E ainda, na mesma decisão, o Ministro Roberto Barroso da Suprema Corte faz menção à decisão do STF na ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº 130, que teve a relatoria do Ministro Ayres Britto⁷, de onde se extrai:

“(...) Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas”.

E mais, do que se extrai do acórdão da ADPF 130 da Suprema Corte:

“(...) Ou, nas palavras do Ministro Celso de Mello, ‘a censura governamental, emanada de qualquer um dos três Poderes, é a expressão odiosa da face autoritária do poder público’.”

A liberdade de expressão é um princípio basilar do Estado Democrático de Direito. A jurisprudência da Suprema Corte é firme quanto a questão da liberdade de expressão e do pensamento:

“(...) A liberdade de expressão constitui-se em direito fundamental do cidadão, envolvendo o pensamento, a exposição de fatos atuais ou históricos e a crítica” (HC 83125, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 16/09/2003, DJ 07-11-2003 PP-00093 EMENT VOL-02131-03 PP-00552).

Nas palavras do jurista Paulo Gustavo Gonet Branco, “a liberdade de expressão é um dos mais relevantes e preciosos direitos fundamentais, correspon-

⁶ STF. Reclamação 18638/CE. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso.

⁷ “Por maioria, o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou que a Lei de Imprensa (Lei nº 5250/67) é incompatível com a atual ordem constitucional (Constituição Federal de 1988). Os ministros Eros Grau, Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Celso de Mello, além do relator, ministro Carlos Ayres Britto, votaram pela total procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130. Os ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Gilmar Mendes se pronunciaram pela parcial procedência da ação e o ministro Marco Aurélio, pela improcedência” – disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetelhe.asp?idconteudo=107402>

dendo a uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos”⁸.

E ainda de acordo com o renomado jurista, “a liberdade de expressão, enquanto direito fundamental, tem, sobretudo, um caráter de pretensão a que o Estado não exerça censura”.

3.1 Liberdade de expressão - declaração e convenção das quais o Brasil é signatário

Registramos ainda que o artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, dispõe expressamente que:

“1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:
a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”⁹.

E o artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da qual o Brasil também é signatário:

⁸ Mendes, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 263.

⁹ Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

<http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=25&IID=4>

“Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e idéias por qualquer meio de expressão”¹⁰.

4 A neutralidade de rede traz uma liberdade de expressão plena para o uso da internet no Brasil?

Como visto em capítulo anterior, a Lei Federal 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) trouxe como fundamento o respeito à liberdade de expressão (art. 2º), e como um de seus princípios a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação pensamento, nos termos da Constituição Federal (art. 3º).

Diante do que se analisou até aqui, seria o caso de se questionar se a neutralidade de rede (art. 9º e segs. da Lei Federal 12.965/2014) trouxe uma liberdade de expressão plena para o uso da internet no Brasil?

Como disposto no artigo 3º da lei 12.965/2014, a liberdade de expressão, comunicação e manifestação, nos termos da Constituição Federal: “garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal”.

A Constituição Federal de 1988 garante expressamente a liberdade de expressão, mas, como ensina a doutrina, há limites previstos na própria Carta Constitucional quando haja colisão com outros princípios e/ou direitos que tenham o mesmo *status*.

O jurista Paulo Gustavo Gonet Branco nos ensina que “o constituinte brasileiro, no art. 220 da Lei Maior, ao tempo em que proclama que não haverá restrição ao direito de manifestação de pensamento, criação, expressão e informação, dizendo, também, no § 1º, que *“nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social”*, ressalva que assim o será, *“observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”*. Dessa forma, admite a interferência legislativa para proibir om anonimato (IV), para impor o direito de resposta e a indenização por danos morais e patrimoniais e à imagem (V), para preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pesso-

¹⁰ Declaração Universal dos Direitos Humanos: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=163&IID=4>

as (X), para exigir qualificação profissional dos que se dedicam aos meios de comunicação (XIII) e para que se assegure a todos o direito de acesso à informação (XIV). Prevê, também, a restrição legal à publicidade de bebidas alcoólicas, tabaco, medicamentos e terapias (art. 220, § 4º). Impõe, ainda, para a produção e a programação das emissoras de rádio e de televisão, o “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”, confiando à lei federal a tarefa de estabelecer meios para a defesa desses valores (art. 220, § 3º, II)”¹¹.

Pelo que se vê, a Constituição Federal de 1988 ao passo que garante o livre direito à liberdade de expressão, também garante ao indivíduo o direito à preservação da imagem e da honra (CF/88, inciso X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação).

Nessa esteira de pensamento o Supremo Tribunal Federal já decidiu que é necessário o equilíbrio entre os direitos fundamentais, não podendo a liberdade de expressão ser utilizada para a prática de atos ilícitos (HC 82424)¹².

¹¹ Op. cit., p. 270.

¹² “HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros “fazendo apologia de idéias preconceituosas e discriminatórias” contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). [...] 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente ao judeus, que configura ao ilícito de prática de racismo, com as consequências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um

Ou seja, quando há conflito com outros princípios e/ou direitos que tenham o mesmo *status* da liberdade de expressão, surgem limites, que estão previstos na própria Constituição Federal.

5 Internet e liberdade de expressão - posição do poder judiciário

Questões envolvendo o conflito entre a liberdade de expressão e outros princípios e direitos na Internet têm chegado ao Poder Judiciário, que tem tratado do debate em diversas decisões, como, por exemplo, no julgamento de Agravo Regimental na Ação Cautelar nº 1384-43.2010.6.00.0000, onde o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) ao apreciar o recurso entendeu que:

“(...)“a internet se diferencia dos veículos de comunicação impressos por não sofrer as consequências dos desgastes naturais que esmaecem e tornam esquecidos os jornais e revistas. E mais: os mecanismos existentes permitem constante interação e atualização do conteúdo e não exigem enormes espaços físicos dos usuários para a conservação de material impresso. Assim, eventual transgressão perpetrada pela internet implica em constante e permanente ofensa ao direito, a reclamar, se for o caso, a sua pronta suspensão. Tal medida é possível, passo a assim compreender, não só na representação (Lei 9.504/197, art. 96) em que há a identificação do usuário, como também por meio de ação cautelar ajuizada contra quem detém as informações capazes de identificar o responsável”.

E ainda no Agravo Regimental em Ação Cautelar nº 1384-43:

“(...) Em se tratando de ação cautelar, a hipótese não se confunde com condenação do provedor de hospedagem ou de acesso pelo conteúdo irregular. O que há é a provocação do Poder Judiciário para, diante de alegada irregularidade obter-se decisão fundamentada que autorize a quebra da relação de confidencialidade e privacidade que rege a relação entre o provedor de serviços e o usuário final.”

Além disso, quando eventualmente surgirem discussões sobre violação de princípios e/ou direitos que tenham o mesmo *status* da liberdade de expressão, os artigos 186 e 187 do Código Civil Brasileiro (Lei Federal 10.406, de 10.01.2012) são expressos ao dispor que:

direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. [...] Ordem denegada. (HC 82424, Rel. Min. Moreira Alves, Rel. p/ Acórdão Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17.09.2003, DJ de 9.03.2004).

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

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.”

Nessa linha de pensamento o egrégio Superior Tribunal de Justiça já decidiu sobre a questão da retirada de página da rede mundial de computadores entendendo que *“se empresa brasileira aufere diversos benefícios quando se apresenta ao mercado de forma tão semelhante a sua controladora americana, deve também, responder pelos riscos de tal conduta”*¹³.

É importante destacar que a Lei Federal 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) trouxe artigos próprios para tratar da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros:

“(...) Seção III

Da Responsabilidade por Danos Decorrentes de Conteúdo Gerado por Terceiros

Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

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 provi-

¹³ “RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. RETIRADA DE PÁGINA DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES. CONTEÚDO OFENSIVO À HONRA E À IMAGEM. ALEGADA RESPONSABILIDADE DA SOCIEDADE CONTROLADORA, DE ORIGEM ESTRANGEIRA. POSSIBILIDADE DA ORDEM SER CUMPRIDA PELA EMPRESA NACIONAL.

1. A matéria relativa a não aplicação do Código de Defesa do Consumidor à espécie não foi objeto de decisão pelo aresto recorrido, ressentindo-se o recurso especial, no particular, do necessário prequestionamento. Incidência da súmula 211/STJ.
2. Se empresa brasileira aufere diversos benefícios quando se apresenta ao mercado de forma tão semelhante a sua controladora americana, deve também, responder pelos riscos de tal conduta.
3. Recurso especial não conhecido.”

(REsp 1021987/RN, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 09/02/2009)

dências 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.

§ 1o A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 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.

§ 3o As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4o O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3o, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Art. 20. Sempre que tiver informações de contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo a que se refere o art. 19, caberá ao provedor de aplicações de internet comunicar-lhe os motivos e informações relativos à indisponibilização de conteúdo, com informações que permitam o contraditório e a ampla defesa em juízo, salvo expressa previsão legal ou expressa determinação judicial fundamentada em contrário.

Parágrafo único. Quando solicitado pelo usuário que disponibilizou o conteúdo tornado indisponível, o provedor de aplicações de internet que exerce essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos substituirá o conteúdo tornado indisponível pela motivação ou pela ordem judicial que deu fundamento à indisponibilização.

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido”.

O artigo 19 da Lei Federal 12.965/2014 é claro ao dispor que 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”.

No Superior Tribunal de Justiça (STJ) matéria tratando sobre a aplicação do artigo 19 da Lei Federal 12.965/14 (Marco Civil da Internet) já foi decidida no sentido de entender como “necessária a notificação judicial ao provedor de conteúdo ou de hospedagem para retirada de material apontado como infringente, com a indicação clara e específica da URL – Universal Resource Locator”, com o entendimento de que “não se pode impor ao provedor de internet que monitore o conteúdo produzido pelos usuários da rede, de modo a impedir, ou censurar previamente, a divulgação de futuras manifestações ofensivas contra determinado indivíduo”¹⁴.

¹⁴ “RECURSO ESPECIAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER E REPARAÇÃO CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. PROVEDOR DE SERVIÇOS DE INTERNET. REDE SOCIAL “ORKUT”.

RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. CONTROLE EDITORIAL. INEXISTÊNCIA.

APRECIÇÃO E NOTIFICAÇÃO JUDICIAL. NECESSIDADE. ART. 19, § 1º, DA LEI Nº 12.965/2014 (MARCO CIVIL DA INTERNET). INDICAÇÃO DA URL.

MONITORAMENTO DA REDE. CENSURA PRÉVIA. IMPOSSIBILIDADE.

RESSARCIMENTO DOS HONORÁRIOS CONTRATUAIS. NÃO CABIMENTO.

1. Cuida-se de ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais e materiais, decorrentes de disponibilização, em rede social, de material considerado ofensivo à honra do autor.
2. A responsabilidade dos provedores de conteúdo de internet em geral depende da existência ou não do controle editorial do material disponibilizado na rede. Não havendo esse controle, a responsabilização somente é devida se, após notificação judicial para a retirada do material, mantiver-se inerte. Se houver o controle, o provedor de conteúdo torna-se responsável pelo material publicado independentemente de notificação. Precedentes do STJ.
3. Cabe ao Poder Judiciário ponderar os elementos da responsabilidade civil dos indivíduos, nos casos de manifestações de pensamento na internet, em conjunto com o princípio constitucional de liberdade de expressão (art. 220, § 2º, da Constituição Federal).
4. A jurisprudência do STJ, em harmonia com o art. 19, § 1º, da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), entende necessária a notificação judicial ao provedor de conteúdo ou de hospedagem para retirada de material apontado como infringente, com a indicação clara e específica da URL - Universal Resource Locator.

É importante destacar que no Supremo Tribunal Federal já há dois Recursos Extraordinários com Repercussão Geral tratando sobre a questão da colisão entre liberdade de expressão e de informação *versus* direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem¹⁵.

Conclusão

A Lei Federal 12.965/14 (Marco Civil da Internet) trouxe para o ordenamento jurídico pátrio o princípio da neutralidade de rede e reforçou em seu texto o já consagrado constitucionalmente princípio da liberdade de expressão, visando uma liberdade no fluxo de informações e um menor controle estatal.

Como cediço, a liberdade de expressão já é um princípio garantido constitucionalmente, e a lei do Marco Civil da Internet veio reforçar essa ideia,

5. Não se pode impor ao provedor de internet que monitore o conteúdo produzido pelos usuários da rede, de modo a impedir, ou censurar previamente, a divulgação de futuras manifestações ofensivas contra determinado indivíduo.

6. A Segunda Seção do STJ já se pronunciou no sentido de ser incabível a condenação da parte sucumbente aos honorários contratuais despendidos pela vencedora.

7. Recurso especial provido.”

(REsp 1568935/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 13/04/2016)

¹⁵ “RE 1037396 RG / SP

Relator: Min. DIAS TOFFOLI

EMENTA: Direito Constitucional. Proteção aos direitos da personalidade. Liberdade de expressão e de manifestação. Violação dos arts. 5º, incisos IV, IX, XIV; e 220, caput, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal. Prática de ato ilícito por terceiro. Dever de fiscalização e de exclusão de conteúdo pelo prestador de serviços. Reserva de jurisdição. Responsabilidade civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais. Constitucionalidade ou não do art. 19 do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) e possibilidade de se condicionar a retirada de perfil falso ou tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente somente após ordem judicial específica. Repercussão geral reconhecida.”

“ARE 660861 RG / MG - MINAS GERAIS

Relator: Min. LUIZ FUX

GOOGLE - REDES SOCIAIS - SITES DE RELACIONAMENTO - PUBLICAÇÃO DE MENSAGENS NA INTERNET - CONTEÚDO OFENSIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR - DANOS MORAIS - INDENIZAÇÃO - COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO vs. DIREITO À PRIVACIDADE, À INTIMIDADE, À HONRA E À IMAGEM. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO VIRTUAL DESTA CORTE.”

principalmente em razão das novas mídias introduzidas na sociedade moderna com a Internet.

Diante do que estudamos, entendemos que a liberdade de expressão deve ser a mais ampla possível, sendo-lhe impostos os limites apenas quando houver conflito com outros princípios e/ou direitos alçados ao mesmo *status*

Acreditamos que a divulgação da informação, da cultura e do conhecimento devem ser levadas a todos os brasileiros, indistintamente, principalmente pela dimensão continental de nosso país, e, muito mais ainda, pela falta de acesso que muitas comunidades ainda têm para buscar o conhecimento.

Para isso é de fundamental importância a preservação e garantia da neutralidade de rede introduzida pela Lei Federal 12.965/2014 em nosso ordenamento jurídico, bem como o respeito aos princípios de garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento (art. 3º, I, da Lei Federal 12.965/14), além de todos os demais princípios: proteção da privacidade; proteção dos dados pessoais; preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades; preservação da natureza participativa da rede; e liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet¹⁶.

Os princípios da neutralidade de rede e de garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento introduzidos pela Lei Federal 12.965/14 (Marco Civil da Internet) são de fundamental importância para os avanços tecnológicos do país, bem como a uma nova cultura de respeito cada vez maior ao princípio constitucional da liberdade de expressão – agora e em escala cada vez maior no universo digital.

Oxalá a neutralidade de rede e a liberdade de expressão auxiliem efetivamente na diminuição do enorme fosso de exclusão digital que ainda existe em nosso país, trazendo mais conhecimento, informação e cultura a todos os cidadãos brasileiros!

PONTIERI, A., Civil Rights Framework for the Internet – Net Neutrality and Freedom of Speech. *Justitia*, São Paulo, v. 209/210/211/212, p. 111-139, Jan./Dec. 2017-2018.

¹⁶ Art. 3º, da Lei Federal 12.965, de 23.04.2014.

- **ABSTRACT:** The purpose of this article is to deal with net neutrality and freedom of expression, specifically analyzing Federal Law nº 12.965, of April 23, 2014, known as the Internet Civil text principles, guarantees, rights and duties for the use of the Internet in Brazil. The article will also bring the current position of the Brazilian Judiciary in relation to freedom of expression when in conflict with federal law 12.965/14.
- **KEYWORDS:** Net neutrality. Civil rights framework for the internet. Freedom of speech. Freedom of speech under the Constitution of Brazil. Positioning of the Judiciary on freedom of speech on internet.

Referências

- BRASIL. Código Civil. Lei Federal 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm
- BRASIL. Marco Civil da Internet. Lei Federal 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm
- CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. Direito de Informação e Liberdade de Expressão. Rio de Janeiro: Renova, 1999.
- CASTELLS, Manuel. A Sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede: do conhecimento à Política. In: Castells, Manuel; Cardoso, Gustavo (org.). A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Ação Política. Centro Cultural de Belém, 2005.
- CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=25&IID=4>
- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=163&IID=4>
- JUNIOR. Irineu Francisco Barreto Junior e Daniel César. Marco Civil da Internet e Neutralidade da Rede: Aspectos Jurídicos e Tecnológicos. Irineu Francisco Barreto Junior e Daniel César. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. v. 12, n.1 / 2007 p. 65-88. www.ufsm.br/revistadireito
- MARSDEN, Christopher. Net Neutrality: Towards a Co-Regulatory Solution. Bloomsbury. Academic Publishing. 2010.
- MENDES. Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

Portal do STF - Supremo Tribunal Federal. www.stf.jus.br

Portal do STJ - Superior Tribunal de Justiça. www.stj.jus.br

SAMPAIO, Jorge. A Sociedade em Rede e a Economia do Conhecimento: Portugal numa Perspectiva Global. http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/a_sociedade_em_rede_-_do_conhecimento_a_acao_politica.pdf

ANEXO

**Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos**

LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014

Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º Esta Lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria.

Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:

- I - o reconhecimento da escala mundial da rede;
- II - os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;
- III - a pluralidade e a diversidade;
- IV - a abertura e a colaboração;
- V - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
- VI - a finalidade social da rede.

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;

II - proteção da privacidade;

III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;

IV - preservação e garantia da neutralidade de rede;

V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas;

VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;

VII - preservação da natureza participativa da rede;

VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Art. 4º A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção:

I - do direito de acesso à internet a todos;

II - do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos;

III - da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e

IV - da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados.

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - internet: o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes;

II - terminal: o computador ou qualquer dispositivo que se conecte à internet;

III - endereço de protocolo de internet (endereço IP): o código atribuído a um terminal de uma rede para permitir sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais;

IV - administrador de sistema autônomo: a pessoa física ou jurídica que administra blocos de endereço IP específicos e o respectivo sistema autônomo de roteamento, devidamente cadastrada no ente nacional responsável pelo registro e distribuição de endereços IP geograficamente referentes ao País;

V - conexão à internet: a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP;

VI - registro de conexão: o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados;

VII - aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet; e

VIII - registros de acesso a aplicações de internet: o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP.

Art. 6º Na interpretação desta Lei serão levados em conta, além dos fundamentos, princípios e objetivos previstos, a natureza da internet, seus usos e costumes particulares e sua importância para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural.

CAPÍTULO II

DOS DIREITOS E GARANTIAS DOS USUÁRIOS

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

IV - não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização;

V - manutenção da qualidade contratada da conexão à internet;

VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros

de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade;

VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

a) justifiquem sua coleta;

b) não sejam vedadas pela legislação; e

c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;

XI - publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet;

XII - acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, nos termos da lei; e

XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no **caput**, tais como aquelas que:

I - impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; ou

II - em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil.

CAPÍTULO III

DA PROVISÃO DE CONEXÃO E DE APLICAÇÕES DE INTERNET

Seção I

Da Neutralidade de Rede

Art. 9º O responsável pela transmissão, comutação ou roteamento tem o dever de tratar de forma isonômica quaisquer pacotes de dados, sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação.

§ 1º A discriminação ou degradação do tráfego será regulamentada nos termos das atribuições privativas do Presidente da República previstas no inciso IV do art. 84 da Constituição Federal, para a fiel execução desta Lei, ouvidos o Comitê Gestor da Internet e a Agência Nacional de Telecomunicações, e somente poderá decorrer de:

I - requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada dos serviços e aplicações; e

II - priorização de serviços de emergência.

§ 2º Na hipótese de discriminação ou degradação do tráfego prevista no § 1º, o responsável mencionado no **caput** deve:

I - abster-se de causar dano aos usuários, na forma do art. 927 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil;

II - agir com proporcionalidade, transparência e isonomia;

III - informar previamente de modo transparente, claro e suficientemente descritivo aos seus usuários sobre as práticas de gerenciamento e mitigação de tráfego adotadas, inclusive as relacionadas à segurança da rede; e

IV - oferecer serviços em condições comerciais não discriminatórias e abster-se de praticar condutas anticoncorrenciais.

§ 3º Na provisão de conexão à internet, onerosa ou gratuita, bem como na transmissão, comutação ou roteamento, é vedado bloquear, monitorar, filtrar ou analisar o conteúdo dos pacotes de dados, respeitado o disposto neste artigo.

Seção II

Da Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados

pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no **caput**, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º.

§ 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º.

§ 3º O disposto no **caput** não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

§ 4º As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais.

Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

§ 1º O disposto no **caput** aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil.

§ 2º O disposto no **caput** aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que ofereça serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.

§ 3º Os provedores de conexão e de aplicações de internet deverão prestar, na forma da regulamentação, informações que permitam a verificação quanto ao cumprimento da legislação brasileira referente à coleta, à guarda, ao armazenamento ou ao tratamento de dados, bem como quanto ao respeito à privacidade e ao sigilo de comunicações.

§ 4º Decreto regulamentará o procedimento para apuração de infrações ao disposto neste artigo.

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

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

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

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

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

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

Subseção I

Da Guarda de Registros de Conexão

Art. 13. Na provisão de conexão à internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento.

§ 1º A responsabilidade pela manutenção dos registros de conexão não poderá ser transferida a terceiros.

§ 2º A autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderá requerer cautelarmente que os registros de conexão sejam guardados por prazo superior ao previsto no **caput**.

§ 3º Na hipótese do § 2º, a autoridade requerente terá o prazo de 60 (sessenta) dias, contados a partir do requerimento, para ingressar com o pedido de autorização judicial de acesso aos registros previstos no **caput**.

§ 4º O provedor responsável pela guarda dos registros deverá manter sigilo em relação ao requerimento previsto no § 2º, que perderá sua eficácia caso o pedido de autorização judicial seja indeferido ou não tenha sido protocolado no prazo previsto no § 3º.

§ 5º Em qualquer hipótese, a disponibilização ao requerente dos registros de que trata este artigo deverá ser precedida de autorização judicial, conforme disposto na Seção IV deste Capítulo.

§ 6º Na aplicação de sanções pelo descumprimento ao disposto neste artigo, serão considerados a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes, eventual vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência.

Subseção II

Da Guarda de Registros de Acesso a Aplicações de Internet na Provisão de Conexão

Art. 14. Na provisão de conexão, onerosa ou gratuita, é vedado guardar os registros de acesso a aplicações de internet.

Subseção III

Da Guarda de Registros de Acesso a Aplicações de Internet na Provisão de Aplicações

Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.

§ 1º Ordem judicial poderá obrigar, por tempo certo, os provedores de aplicações de internet que não estão sujeitos ao disposto no **caput** a guardarem registros de acesso a aplicações de internet, desde que se trate de registros relativos a fatos específicos em período determinado.

§ 2º A autoridade policial ou administrativa ou o Ministério Público poderão requerer cautelarmente a qualquer provedor de aplicações de internet que os registros de acesso a aplicações de internet sejam guardados, inclusive por prazo superior ao previsto no **caput**, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 13.

§ 3º Em qualquer hipótese, a disponibilização ao requerente dos registros de que trata este artigo deverá ser precedida de autorização judicial, conforme disposto na Seção IV deste Capítulo.

§ 4º Na aplicação de sanções pelo descumprimento ao disposto neste artigo, serão considerados a natureza e a gravidade da infração, os danos

dela resultantes, eventual vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência.

Art. 16. Na provisão de aplicações de internet, onerosa ou gratuita, é vedada a guarda:

I - dos registros de acesso a outras aplicações de internet sem que o titular dos dados tenha consentido previamente, respeitado o disposto no art. 7º; ou

II - de dados pessoais que sejam excessivos em relação à finalidade para a qual foi dado consentimento pelo seu titular.

Art. 17. Ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei, a opção por não guardar os registros de acesso a aplicações de internet não implica responsabilidade sobre danos decorrentes do uso desses serviços por terceiros.

Seção III

Da Responsabilidade por Danos Decorrentes de Conteúdo Gerado por Terceiros

Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

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.

§ 1º A ordem judicial de que trata o **caput** deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 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.

§ 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à

reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Art. 20. Sempre que tiver informações de contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo a que se refere o art. 19, caberá ao provedor de aplicações de internet comunicar-lhe os motivos e informações relativos à indisponibilização de conteúdo, com informações que permitam o contraditório e a ampla defesa em juízo, salvo expressa previsão legal ou expressa determinação judicial fundamentada em contrário.

Parágrafo único. Quando solicitado pelo usuário que disponibilizou o conteúdo tornado indisponível, o provedor de aplicações de internet que exerce essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos substituirá o conteúdo tornado indisponível pela motivação ou pela ordem judicial que deu fundamento à indisponibilização.

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Parágrafo único. A notificação prevista no **caput** deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

Seção IV

Da Requisição Judicial de Registros

Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.

Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade:

- I - fundados indícios da ocorrência do ilícito;
- II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e
- III - período ao qual se referem os registros.

Art. 23. Cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro.

CAPÍTULO IV

DA ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO

Art. 24. Constituem diretrizes para a atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no desenvolvimento da internet no Brasil:

I - estabelecimento de mecanismos de governança multiparticipativa, transparente, colaborativa e democrática, com a participação do governo, do setor empresarial, da sociedade civil e da comunidade acadêmica;

II - promoção da racionalização da gestão, expansão e uso da internet, com participação do Comitê Gestor da internet no Brasil;

III - promoção da racionalização e da interoperabilidade tecnológica dos serviços de governo eletrônico, entre os diferentes Poderes e âmbitos da Federação, para permitir o intercâmbio de informações e a celeridade de procedimentos;

IV - promoção da interoperabilidade entre sistemas e terminais diversos, inclusive entre os diferentes âmbitos federativos e diversos setores da sociedade;

V - adoção preferencial de tecnologias, padrões e formatos abertos e livres;

VI - publicidade e disseminação de dados e informações públicos, de forma aberta e estruturada;

VII - otimização da infraestrutura das redes e estímulo à implantação de centros de armazenamento, gerenciamento e disseminação de dados no País, promovendo a qualidade técnica, a inovação e a difusão das aplicações de internet, sem prejuízo à abertura, à neutralidade e à natureza participativa;

VIII - desenvolvimento de ações e programas de capacitação para uso da internet;

IX - promoção da cultura e da cidadania; e

X - prestação de serviços públicos de atendimento ao cidadão de forma integrada, eficiente, simplificada e por múltiplos canais de acesso, inclusive remotos.

Art. 25. As aplicações de internet de entes do poder público devem buscar:

I - compatibilidade dos serviços de governo eletrônico com diversos terminais, sistemas operacionais e aplicativos para seu acesso;

II - acessibilidade a todos os interessados, independentemente de suas capacidades físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais, mentais, culturais e sociais, resguardados os aspectos de sigilo e restrições administrativas e legais;

III - compatibilidade tanto com a leitura humana quanto com o tratamento automatizado das informações;

IV - facilidade de uso dos serviços de governo eletrônico; e

V - fortalecimento da participação social nas políticas públicas.

Art. 26. O cumprimento do dever constitucional do Estado na prestação da educação, em todos os níveis de ensino, inclui a capacitação, integrada a outras práticas educacionais, para o uso seguro, consciente e responsável da internet como ferramenta para o exercício da cidadania, a promoção da cultura e o desenvolvimento tecnológico.

Art. 27. As iniciativas públicas de fomento à cultura digital e de promoção da internet como ferramenta social devem:

I - promover a inclusão digital;

II - buscar reduzir as desigualdades, sobretudo entre as diferentes regiões do País, no acesso às tecnologias da informação e comunicação e no seu uso; e

III - fomentar a produção e circulação de conteúdo nacional.

Art. 28. O Estado deve, periodicamente, formular e fomentar estudos, bem como fixar metas, estratégias, planos e cronogramas, referentes ao uso e desenvolvimento da internet no País.

CAPÍTULO V DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 29. O usuário terá a opção de livre escolha na utilização de programa de computador em seu terminal para exercício do controle parental de conteúdo entendido por ele como impróprio a seus filhos menores, desde que respeitados os princípios desta Lei e da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

Parágrafo único. Cabe ao poder público, em conjunto com os provedores de conexão e de aplicações de internet e a sociedade civil, promover a educação e fornecer informações sobre o uso dos programas de computador previstos no **caput**, bem como para a definição de boas práticas para a inclusão digital de crianças e adolescentes.

Art. 30. A defesa dos interesses e dos direitos estabelecidos nesta Lei poderá ser exercida em juízo, individual ou coletivamente, na forma da lei.

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.

Art. 32. Esta Lei entra em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação oficial.

Brasília, 23 de abril de 2014; 193º da Independência e 126º da República.

DILMA ROUSSEFF

José Eduardo Cardozo

Miriam Belchior

Paulo Bernardo Silva

Clélio Campolina Diniz

Este texto não substitui o publicado no DOU de 24.4.2014

O Enriquecimento Ilícito e a Responsabilidade Civil

Felipe Oliveira de Castro Rodriguez ALVAREZ*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Análise Dogmática. 1.1 Quanto ao alcance dos termos utilizados. 1.2 Quanto ao conteúdo. 2 Actio In Rem Verso. 2.1 Histórico. 2.2 O Enriquecimento sem causa. 2.3 Clivagem conceitual à Responsabilidade Civil. 2.3.1 O parecerismo de Pontes de Miranda. 2.3.2 O parente pobre da Responsabilidade Civil. 2.4 Crítica à semântica. 2.4.1 O artigo 886, 929 e 930 do Código Civil. 3 Comentários de Casos. 3.1 O problema terminológico de produto e proveito do crime. 3.2 O uso não autorizado da imagem: indenização ou restituição? Conclusão. Referências
- **RESUMO:** O artigo apresenta uma análise textual e dogmática do sobre o artigo 932, V do Código Civil e a similitude entre responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa. Desta forma, pretende esclarecer as principais diferenças entre a responsabilidade civil de terceiros que se beneficiam do produto de crime e o enriquecimento sem causa, repassando os elementos e conceitos orientado a distinguir os institutos. Ao final, uma análise envolvendo duas situações factuais será feita. A primeira, de condenação objetiva, envolverá a reprodução do ensaio de doutrinadores em relação à seção “produto do crime” e seu escopo. O segundo caso tentará responder sobre o uso do termo “indenização” como a única fonte para reparar as intromissões por terceiros no patrimônio da vítima, através da análise de acórdão que contribuiu ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça para criação da súmula nº 403 e a indenização a vítima pela vinculação de imagens não autorizadas com propósitos comerciais.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade Civil. Enriquecimento sem causa. Fato de Terceiro. Produto de Crime. Gratuidade. Emprego terminológico equivocado.

* Mestrando em Direito Civil; Universidade de São Paulo, São Paulo.

Introdução

O trabalho resulta num esforço para compreender os motivos que levaram o legislador a permanência do enriquecimento sem causa como uma hipótese de responsabilidade civil por fato de terceiro, nos termos do artigo 932, V do Código Civil de 2002, já que a evolução dos estudos dissociou os institutos que, à moda antiga, concorriam na mesma raiz obrigacional. Para que o estudo seja minimamente compreensível, compreendemos pela necessidade de visitação aos requisitos conceituais e aos elementos textuais para que pudesse torna-se claro a polarização dos institutos. Decorrido a abertura inicial proposta, discorre-se aos poucos sobre os fatos históricos relevantes com início através da *Actio in rem verso*, sua descontinuidade na Idade Média através das proposições canônicas e chegando na idade moderna, cuja apresentação se dar-se-á pela análise dos diferenciais entre os institutos da responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa, com tentativa de esclarecer os requisitos necessários para adoção de um ou outro instituto no caso concreto. Ao final, propõe-se a breves comentários em dois casos distintos entre si. O primeiro com uma problemática terminológica e o último direcionada a validação da interpretação utilizada pelo Tribunal, cuja aplicação indenizatória se fez à lume de justificativa fundada em enriquecimento sem causa.

1 Análise Dogmática

1.1 Quanto ao alcance dos termos utilizados

Inicialmente e a bordo de uma análise simples, destaque-se a necessidade de revisão terminológica do inciso V do artigo 932 do Código Civil, à medida que as imprecisões na escolha das palavras que formam o sentido da frase produzem árduo exercício interpretativo e não contribui com o emprego correto na análise concreta de casos.

O artigo de lei assim prescreve:

“Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

V – Os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.”

Nossa análise começa no uso do advérbio “gratuitamente”, cujo significado pretende expressar a conduta de sujeito que recebe sem ônus ou contraprestação, produto decorrente de um crime.

Na aplicação prática, cite-se a noiva de sujeito que furta joalherias. A noiva recebe por doação um colar de brilhantes, a título de presente, que

acabou de ser subtraído de loja do ramo. A rigor do texto, a gratuidade aqui refere-se ao fato daquele que recebeu o presente não ter contribuído com uma prestação em favor daquele objeto que bem recebeu.

Outro termo curiosamente inserido no dispositivo legal e que acompanha na compreensão lógica o advérbio gratuitamente é o verbo “participar” inserido na conjugação de particípio passado – participado.

Vale o esclarecimento que o artigo não tem a pretensão de invocar princípios de direito penal para elucidar sua intenção. O emprego não deve ser visto sob o âmbito jurídico-penal, no sentido de que foi partícipe do crime ou muito menos coautor.

Em regra, aqui se pretende justamente o contrário. É a norma que pretende buscar o responsável pela vantagem obtida indevidamente e oriunda de um crime, mas que não teve qualquer participação no exercício do delito, embora tenha auferido vantagem.

Em outras palavras é o sujeito que não participou do crime, mas que auferiu vantagem pelo exercício da prática delituosa.

Continuando, o termo concorrente, que também pode ensejar o equívoco, não tem sentido de participação, no sentido de que o sujeito tenha de ter participado do crime (concorrido para ele).

E por fim, não menos importante tem-se no artigo a palavra crime. De acordo com a classificação legal prescrita na Lei de Introdução ao Código Penal, inserido dentro do ilícito penal há subdivisão de crime e contravenção penal¹.

Têm-se, então que o legislador não gozou da melhor técnica ao emprego da palavra crime, já que as contravenções, também ingressam para fins de enquadramento ao que o artigo se propõe.

Esta análise não tem como objetivo uma apuração dogmática, que se fará mais adiante, mas demonstrar que o legislador poderia incorrer em melhor precisão terminológica, evitando as confusões suscitadas atualmente pela dicção do artigo.

Tanto o é que no projeto do Código Civil de 2002, houve preocupação com distinções entre responsabilidade civil e enriquecimento sem causa, es-

¹ Art. 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente, com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. Decreto-Lei nº 3.914/1941. Lei de Introdução do Código Penal e da Lei das Contravenções Penais.

pecialmente no tocante a prescrição, tomando a cautela de identificar cada um dos institutos em artigos separados justamente pela situação envolvendo a já conhecida dificuldade na interpretação correta de cada instituto.

Tomamos a liberdade de compreender que redação melhor se faria com a substituição das seguintes palavras: participado por recebido; crime por ilícito penal e concorrente quantia por quantia recebida.

Em mera comparação, assim tornar-se-ia o artigo face ao atual:

V - Os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia. (versão do Código Civil de 2002)

V – Os que gratuitamente houverem recebido produto de ilícito penal, até o limite da quantia recebida.

Não obstante a tais pontos de emprego textual, fato é que a doutrina tem duras críticas quanto ao conteúdo do artigo, e quanto ao seu enquadramento na capitulação envolvendo o sistema de responsabilidade civil; isto é, parece impensável que o jurista não note ausência de suporte conceitual do inciso, que propõe em seu cerne, características de outro instituto, derrogando qualquer tentativa de manutenção no sistema de atos ilícitos.

1.2 Quanto ao conteúdo

Nossa primeira observação decorre do problema envolvendo o enquadramento do inciso. A doutrina dominante já assentou em recusar o dispositivo como parte componente do sistema de responsabilidade civil por fato de terceiro ou por fato de outrem, exceto pela disposição legal que ainda permanece².

Recapitulando, o artigo 932 do Código Civil de 2002 possui cinco incisos. Não há discussões doutrinárias respeito do enquadramento ou elementos dos primeiro quatro.

Diferentemente é a posição do inciso V, cuja crítica tenciona a respeito dos motivos da alocação do inciso V, que goza de característica divergente

² Na realidade, a camada *responsabilidade por fato de outrem* – expressão originária da doutrina francesa – é responsabilidade por fato próprio omissivo, porquanto as pessoas que respondem a esse título terão sempre concorrido para o dano por falta de cuidado ou vigilância. Assim, não é muito próprio falar em fato de outrem. O ato do autor material do dano é apenas a causa imediata, sendo a omissão daquele que tem o dever de guarda ou vigilância a causa mediata. CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.201.

dos demais, com ares de direcionamento ressarcitório à vítima, daquele que restitui coisa a alguém sem causar um dano ou advir de ato considerado ilícito; em últimas palavras, ausentes quaisquer hipóteses elementares de caracterização de uma responsabilidade civil aquiliana.

Assim, têm-se a lição de Aguiar Dias, ao comentar o enquadramento no antigo Código de 1916: “195.Trata o artigo 1.521 nº IV³ da responsabilidade civil dos que gratuitamente houverem participados nos produtos do crime. São obrigados solidariamente à reparação civil até a concorrente quantia. O caso é de ação *in rem verso*. A utilidade do dispositivo é pura e simplesmente lembrar uma hipótese *Actio in rem verso*, que não depende de texto legal e a respeito da qual não se compreende a necessidade de afirmação expressa pelo legislador⁴.”

Os novos livros que tratam sobre a responsabilidade por fato de terceiro, assim tem indicado o enquadramento, a posição do inciso V tão somente por um desejo do legislador repetir o que já estava no Código anterior⁵.

Ponte de Miranda, utiliza exemplo sobre a natureza ressarcitória do inciso V, de antiga correspondência análoga quanto ao inciso, mas com previsão no artigo 1.521 do Código Civil, que indicava o ressarcimento pelo indevido recebimento de bem e sua responsabilidade perante o empobrecido,

³ Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil:

v- Os que gratuitamente houverem participado dos produtos do crime, até à concorrente quantia.

⁴ AGUIAR DIAS. Da Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p.589.

⁵ O Código Civil (art.932, V) prevê que também são responsáveis pela reparação civil “os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia”. Trata-se, a rigor, de disposição necessária, embora o legislador tenha entendido adequado repetir tal regra, que já constava no Código de 1916 (*actio in rem verso*). Se, digamos, um funcionário público subtrai dezenas de computadores portáteis apreendidos em fiscalização, e que estavam sob sua guarda, distribuindo-se entre familiares, estes, naturalmente, deverão devolvê-los, ou o equivalente monetário, ainda que não tenham cometido nenhum crime (supondo que desconhecessem a origem ilícita dos bens). Poderíamos invocar, a propósito, o art. 884, que consagra o enriquecimento sem causa (CC, art.884.” Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.” ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Braga; FARIAS, Cristiano Chaves. Novo Tratado de Responsabilidade Civil. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.637.

conforme se detém através da leitura do artigo 968⁶ do Código Civil de 1916; adiante-se, que os ares de responsabilidade civil não gozavam de qualquer apreço senão o dispositivo legal: “Quanto ao Código Civil, art.1521, V, os que gratuitamente receberam algo do produto do crime, à semelhança do que se passa com a espécie do princípio do art.968, parágrafo único, *verbis* “por título gratuito”, ainda que de boa-fé, respondem pela quantia concorrente. Não há aí presunção de culpa; ‘trata-se”, dizíamos em 1927, “de caso especial de in rem verso”⁷.

Têm-se neste início que os autores sustentam tratar-se de uma ação *in rem verso* cuja disposição contida no âmbito da responsabilidade civil é puramente um excesso de preocupação do legislador pela positivação do instituto, ainda que o tenha feito em melhor rigor e técnica em outra seção do Código Civil⁸.

2 Actio In Rem Verso

Portanto, nossa proposta é uma análise das diferenças entre o instituto da responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa, perpassando por seus elementos e casos práticos.

No entanto, para que possamos desvendar as raízes que remontam o instituto, forçosa é a participação do instituto da *Actio in rem verso*, para compreender a fonte obrigacional originária.

2.1 Histórico

Embora tenhamos cuidado pelo recorte do tema a partir de Roma, têm-se conhecimento de que alguns historiadores atribuem o surgimento do en-

⁶ Art. 968. Se, aquele, que indevidamente recebeu um imóvel, o tiver alienado em boa fé, por título oneroso, responde somente pelo preço recebido; mas, se obrou de má fé, além do valor do imóvel, responde por perda e danos.

Parágrafo único. Se o imóvel se alheou por título gratuito, ou se, alheando-se por título oneroso, obrou de má fé, cabe ao que pagou por erro o direito de reivindicação.

⁷ PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Tomo LIII. Editora Revista dos Tribunais, 1984, p.161.

⁸ Os autores sustentam tratar-se de uma ação de in rem verso, muito embora fosse, a rigor, desnecessário mencionar expressamente, uma vez que incumbe a quem se beneficiou infundadamente à custa de outrem, recompor o patrimônio do lesado. PEREIRA, Caio Mário. Responsabilidade Civil. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.134.

riquecimento sem causa, no direito natural, que por inspiração grega foi recepcionado pelo direito romano⁹.

Do ponto de vista profilático, tem início nossa recapitulação através do instituto da *Actio in rem verso*, de origem romana, que segundo Cesare Burzio era a arma que o credor detinha contra pessoa sujeita à potestade alheia, que não possuía poder de representação, mas que realizava a conduta de empobrecer o outro em favor daquele.

Na sociedade da época, o *pater famílias* não se tornava responsável pelos atos de seus filhos ou escravos já que a representação era ignorada pelos romanos à época.

Ou seja, aquilo que os filhos e escravos angariavam de outro, tornavam-se propriedade da família à que pertenciam, mas de outro lado, o responsável pela casa não se tornava responsável pelas aquisições e tampouco pelo ressarcimento aos empobrecidos por atitude de seus asseclas.

Foi esta não-representação que fez surgir no direito romano a *Actio in rem verso* cujo objetivo passou a ser protetor do credor, trazendo ao *pater famílias*, mediante certas condições e efeitos, ônus de ressarcir o que lhe foi incorporado ao patrimônio de forma equivocada, pela atitude de seus filhos ou escravos.

Então nestes tempos, o *pretor* concedia ao credor a possibilidade de restituir os valores desde que no limite do enriquecimento obtido de maneira vantajosa e sem fundamento jurídico.

Nesta toada o autor Geoffrey Mac Comarck narra a primeira decisão que se tem notícia sobre a admissão deste tipo de remédio em Roma, através de Alfenus (D.15,3,16)¹⁰.

Dentre outros argumentos, ele sustentava que haveriam três condições para que a transação entre o escravo ou filho e uma terceira pessoa gerasse a obrigação para o *pater famílias*.

⁹ A darmos crédito ao testemunho de P. Sabino (*Ulpiano*, D. XII, 5, De Conductio ob turpem, 6), os princípios de direito natural, nos quais a teoria se filia, já eram conhecidos dos vetes, contemporâneos de Quintus Mucius Scaevola, o que aliás não repugna aceitar porque a Regra áurea, que consiste em não fazer aos outros o que não queremos que façam a nós, com os corolários do respeito à pessoa e ao patrimônio do próximo daí emergentes, já era praticada ao tempo da promulgação das leis de Hamurabi, podendo dizer-se que existe desde que o homem adquiriu a consciência de sua racionalidade. ALMEIDA, L. P. Enriquecimento sem causa. 3ª Ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2000, p.16.

¹⁰ The early history of the “actio de in rem verso”, in Studi in onore Arnaldo Biscardi, v.2., p.319.

A primeira delas era que se o bem é entregue por uma pessoa e torna-se propriedade do chefe de família, observando as circunstâncias que excluam a retomada pela *vindicatio*, era possível ao antigo proprietário cobrar a dívida do responsável pela família; a segunda é de que o *pater familias* seria responsável no caso de compra de alimentos ou bens necessários a subsistência; e a terceira é a de que artigos de luxo ou suntuosos era a obrigatoria a autorização anterior do *pater familias*¹¹.

No tocante as teorias da *Actio in rem verso*, José Carlos Moreira Alves¹² descreve as duas principais correntes sobre o tema, que incluem sua conceitualização, evolução e prática.

A primeira dá-se o crédito aos autores Pernice e Girard que em seus estudos concluíram o que os romanos assim defendiam o instituto desde os tempos mais remotos.

Já os autores Perozzi, Monier e Iglesias afirmavam que os estudos começaram na época do Imperador Justiniano.

Historicamente se o credor quisesse recompor o seu patrimônio em vista do enriquecimento sem causa, geralmente produzido pelo laçao do *pater familias* ou sua prole deveria valer-se do instrumento, que embora polêmico, emprestava sua eficácia para corrigir a transferência indevida de patrimônio¹³.

Luís Manuel Teles de Menezes Leite define a *actio in rem verso* da seguinte forma:

A *actio in rem verso* consistia numa ação outorgada pelo pretor contra o *pater* ou *dominus* relativamente a uma dívida contraída para um *filius*

¹¹ NANNI, Giovanni. Enriquecimento sem causa. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.13-14.

¹² ALVES, José Carlos Moreira. Direito romano. Rio de Janeiro: Forense, 1980, v.2 (3ª ed.), p.259-260.

¹³ As formas como eram obtidas as restituições pelo locupletamento indevido pelas *condictiones* parecem conflitantes com uma teoria geral e única sobre o tema, principalmente devido à abstração e ao formalismo que marcavam os procedimentos, de tal sorte que não se consubstanciariam num princípio geral do direito. Observado na ótica como é analisado nos dias de hoje. Porém, é negável que a obrigação de restituir pelo instituto em tela encontra seu germe teórico nas *condictiones sine causa* do direito romano, visto que foram acolhidas tantas ações particulares com a mesma utilidade, só que com destinações específicas, o que indica que se estava diante de verdadeiras ações de enriquecimento. Se estas não conduziam a uma teoria geral, esboçavam-na, o que foi concretizado pela natural evolução do direito.

ou *servus* que tivesse enriquecido o demandado. Para poder ser instaurada exigia-se apenas que o *filius* ou *servus* não tivesse beneficiado de uma *praepositio*, de um *iussum* ou de um *peculium*, pois caso contrário, deveriam ser instauradas as ações correspondentes. A existência de um enriquecimento no patrimônio do pater ou dominus era o pressuposto da acção e o limite da condemnatio¹⁴.

Durante o período justinianeu a *actio in rem verso* teve significativa evolução com vários tipos de ações e meios jurídicos para a proteção ao enriquecimento sem causa, cuja ampliação atingiu terceiros numa espécie de intermediário do *dominus* daquilo que o beneficiava efetivamente.

Por fim, impende esclarecer que a *Actio in rem verso* são qualificadas como ações quase-contratos no direito justinianeu o que não lhes outorga semelhança de efeitos com os contratos.

2.2 O Enriquecimento sem causa

Na expectativa de se ver encontrada os elementos fundantes do instituto, sob a perspectiva da confusão com a responsabilidade civil, a tentativa foi a de pesquisar se haveria fonte obrigacional cuja fonte seja igual à da outra.

Os canonistas não aceitavam as exceções à restituição nos termos dos textos romanos, da antiga *Actio in rem verso*, o que trouxe imprecisão ao instituto, deixando de lado o rigor técnico, ora proposta pela escola de glosadores¹⁵.

Em continuidade histórica, a recepção do Código francês não refletiu textualmente a concepção da *actio in rem verso* romana, incluindo em seu bojo o enriquecimento sem causa como uma hipótese inserida na capitulação de repetição do indébito. Entretanto, através da jurisprudência, passou-se admitir a ação de enriquecimento sem causa.

Mais adiante, o Código Civil Português de 1867, apesar da influência francesa, limitou-se a encaixar o enriquecimento sem causa como hipótese do pagamento indevido, igualmente recepcionado pelo Código Civil brasileiro de 1916, que segundo comentários do próprio autor do Código, não ha-

¹⁴ KASER, MAX. Direito Privado romano. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p.275.

¹⁵ Na verdade, concebida a restituição do enriquecimento como uma obrigação de consciência, aplicável mesmo no âmbito contratual, o enriquecimento sem causa vem, por um lado, a perder a fundamentação positiva que lhe tinha sido atribuída e, por outro lado, a confundir-se com as formas de repressão dos vícios contratuais. Ob. cit. P.194.

veria necessidade de nova figura obrigacional¹⁶, embora críticas contundentes de Orlando Gomes sobre a autonomia obrigacional até então omissa¹⁷.

Têm-se que os passos até os dias atuais, percorreram uma transtornada situação, originada num ideal positivo proposto pelos romanos, que transmutou-se pela influência canônica, com os empréstimos de efeitos da culpa e correlação com dano, sob o ambicioso pensamento de que enriquecer-se era quase um pecado.

Portanto, ainda residem nas concepções atuais certo flerte entre o enriquecimento sem causa, com a culpa, dano e ato ilícito, que a rigor dos romanos, está além do que se propõe o instituto: patrimônio recebido sem causa, injustamente pelo enriquecido, deve retornar ao empobrecido, sem qualquer apelo aos elementos da responsabilidade civil.

2.3 Clivagem conceitual à Responsabilidade Civil

Em nosso mergulho por uma anotação fiel à clivagem existente entre os institutos, quer-nos parecer que a distinção dos elementos entre a responsabilidade civil e o enriquecimento ilícito, é precisa e de fácil compreensão.

No entanto, há insistência do legislador na permanência de enriquecimento sem causa nos quadros da responsabilidade civil, aperfeiçoado através do inciso V do artigo 932 do Código Civil de 2002.

Então, se de um lado caminhou a doutrina nos esforços de estudar pormenorizadamente cada um dos elementos, características e factoides que podem se apresentar em forma de indenização ou ressarcimento, ao estudioso cabe uma análise detida dos diferenciais para que busque adequação dogmática louvável nos casos práticos e de difícil validação.

¹⁶ Por mais que variemos as hipóteses, veremos que o direito e a equidade se podem plenamente satisfazer, sem criarmos, nos Códigos Civis, mais esta figura de causa geradora de obrigação, ou seja, uma relação obrigacional abstrata e genérica. BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das obrigações. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1954, p.100.

¹⁷ A figura do enriquecimento ilícito sem causa pode ser isolada como fonte autônoma das obrigações. Não é a lei que, direta e imediatamente, faz surgir a obrigação de restituir. Não é a vontade do enriquecido que a produz. O fato condicionante é o locupletamento injusto. Evidentemente, o locupletamento dá lugar ao dever de restituir, porque a lei assegura ao prejudicado o direito de exigir a restituição, sendo, portanto, a causa eficiente da obrigação do enriquecido. Mas assim é para todas as obrigações, ainda as contratuais. GOMES, Orlando. Obrigações. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p.308.

Assim sendo, uma primeira abordagem merece análise objetiva e prática: o enriquecimento sem causa decorre a obrigação de restituir¹⁸; já a responsabilidade de indenizar¹⁹.

Sobre essa diferenciação que se pretende a afirmação de Júlio Manuel Vieira, entre restituição e reparação de danos, vejamos: “Assim, a restituição do obtido e a reparação de um dano são, muitas vezes, verso e reverso da mesma medalha. Do mesmo passo em que se opera a restituição do obtido injustificadamente, repara-se um dano, uma perda, ao menos potencial ou virtual, da outra banda. Daí parecerem naturais construções como as que colocam na base do enriquecimento sem causa uma noção de deslocação patrimonial, de fluxo e refluxo de valores, ou aquelas que exigem um empobrecimento concomitante ao enriquecimento verificado.

O enriquecimento sem causa é fonte autônoma de direito obrigacional²⁰, distinta das demais com natureza, elementos e características próprias, usualmente em norma imperativa presente nas codificações com as hipóteses em que ela ocorre²¹.

¹⁸ O requisito do empobrecimento é exigido pelos doutrinadores, em geral. Querem alguns que haja uma deslocação patrimonial, isto é, a transferência de um valor econômico de um patrimônio para outro. Neste sentido, Planiol, que defende empenhadamente este ponto de vista. Outros há que fazem referência a essa deslocação de valor, de um patrimônio para outro, mas sem lhe dar um sentido, ao pé da letra. ALVIM, Agostinho Neves de Arruda. Do enriquecimento sem causa. Revista Forense, Rio de Janeiro, v.173, p.47-67, 1957.

¹⁹ As obrigações de responsabilidade civil baseiam-se essencialmente no princípio *neminem laedere*, não lesar ninguém; quem causa dano a outrem, deve repará-lo. As obrigações de enriquecimento sem causa assentam no velho princípio de justiça *suum cuique tribuere*, dar a cada um o que é seu, e mesmo que este princípio tenha um alcance bem maior: quem beneficiou com algo alheio, deve restituir o valor do benefício. NORONHA, Fernando. Direito das obrigações, cit., p.-445-446.

²⁰ Falar na diversidade de funções que desempenham as obrigações que acabamos de caracterizar como autônomas, é o mesmo que nos reportarmos à diversidade de interesses que são protegidos em cada uma delas. Assim, a tripartição entre obrigações negociais, de responsabilidade civil e de enriquecimento sem causa constitui a divisão fundamental das obrigações, do ponto de vista dos interesses tutelados. NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.439.

²¹ Otra fuente de obligaciones, además de los contratos y de los delitos, es el enriquecimiento injusto o sine causa. Por enriquecimiento se entiende todo incremento patrimonial; es, por consiguiente, el concepto inverso al de daño. Pero, del mismo modo que no todo daño engendra um derecho de indemnización, sino que tienen que concurrir circustan-

Se na responsabilidade civil nós temos a necessidade pela verificação de elementos como ato ilícito, nexo causal, dano, de outro lado o enriquecimento ilícito não exige tais comandos, embora seja da essência do instituto o recebimento de patrimônio injusto na esfera daquela que se enriquece – conquanto não precise de ato ilícito para tal.

Outro dado bastante importante é a evidente conduta que tem caminhos opostos. Se de um lado temos que para a responsabilidade civil e até por força da compreensão dos artigos 186 e o 927 a conduta é fio condutor para partir da compreensão de um pedido indenizatório, à medida que clama ação ou omissão do ofensor, o enriquecimento ilícito não derruba em seu instituto uma análise de conduta para que seja pleiteado a restituição dos valores que se deslocaram equivocadamente²².

Por isso, Francesco Astone acentua sobre o assunto: “o enriquecimento em si e por si não é ilícito e não pressupõe um comportamento doloso ou culposos, razão pela qual a velha ideia de que o fundamento da ação de enriquecimento ser originado do fato ilícito de quem detém o enriquecimento não mais encontrou seguimento na Itália²³.”

Este sentimento é claro para o autor Luiz Roldão de Freitas Gomes que assim descreve:

“Estremam-se, pois, as diferenças entre a responsabilidade civil, a reclamar os pressupostos da culpa, *lato sensu*, na responsabilidade aquiliana, o nexo de causalidade e o dano, genericamente, e o enriquecimento sem causa, no qual não se cogita de indenização, mas de restituir o enriquecido aquilo com o que se locupletou, sem causa justificativa, às expensas do empobrecido²⁴.”

cias especiales que los abonen – el daño há de suponer la culpa, o por lo menos, tener su causa em el respomsable - , así también para que el enriquecimiento origine un derecho de restitución es menester que ocurra a costa del patrimônio de otra persona u que, además, no haya razón que lo justifique. TUHR, Andreas. Tratado de las Obligaciones, Editorial Reus, Madrid, 1934.

²² Na pretensão derivada do enriquecimento sem causa não se cogita em ato culposos ou ilícito do agente, mas apenas no fato objetivo consubstanciado no enriquecimento à custa alheia, o que patenteia serem elementos prescindíveis na configuração do instituto. NANNI, Giovanni Ettore. Enriquecimento sem causa. 2 Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p.214.

²³ Tratado de direito privado, v.26. p.121.

²⁴ Elementos de responsabilidade civil, p.345.

Um outro dado interessante que o legislador buscou, na tentativa de oferecer diferenciação nos institutos foi a separação por artigo no tocante ao prazo prescricional, embora gozem do mesmo lapso temporal.

Poderia sim o legislador acomodar as pretensões indenizatórias e ressarcitórias num único dispositivo legal, mas não o fez, provavelmente na expectativa de dissociar o pensamento dos interpretes²⁵.

Continuando, uma diferença substancial entre os institutos é o destino a que se dá o deslocamento patrimonial. Se de ambos os lados falamos em deslocamento patrimonial que pode reservar indenização ou ressarcimento, há que se verificar se o deslocamento tem viés sob a perspectiva daquele que tomou patrimônio para si ou se os olhares são para quem sofreu abalo em seu patrimônio, com prejuízo.

Em outras palavras, quando a perspectiva atua na esfera do enriquecimento impulsionando-o a devolução ao empobrecido, tratamos da figura do locupletamento.

De outro modo, se a perspectiva se concentra na averiguação dos prejuízos causados ao lesado, com o objetivo de repor a este o patrimônio anterior ao desfalque, temos um pleito indenizatório.

A lição de Fernando Noronha assim destaca:

“Enquanto o enriquecimento sem causa diz respeito a acréscimos patrimoniais indevidos, a obrigação de indenização, quer na responsabilidade civil em sentido estrito, quer na negocial, preocupa-se com diminuições registadas no patrimônio²⁶.”

Ainda, se no enriquecimento ilícito nós temos a preocupação de extrair do patrimônio do “rico” o valor que lhe foi incrementado sem causa²⁷,

²⁵ A preocupação do legislador do novo Código Civil em extremar os dois institutos foi tão grande que até foram previstos prazos de prescrição específicos para as duas ações: tanto a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa (art.206, §3º, IV, do CC/2002) como a de reparação civil (art.206, §3º, V, do CC/2002) prescrevem três anos. Se possuem prazos prescricionais específicos é porque a destinação das ações não equivale à mesma hipótese fática.

²⁶ NORONHA, Fernando. Enriquecimento sem causa. Revista de Direito Civil. Imobiliário, Agrário e Empresarial, v.56, p.58.

²⁷ Em regra, o ato ilícito não importa no acréscimo patrimonial do agente causador do dano, razão pela qual a ação de reparação de danos não poderia se ater à situação do lesante. NANNI, Giovanni Ettore. Enriquecimento sem causa. 2 Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p.214.

na responsabilidade civil a preocupação é pelo retorno do patrimônio do lesado como se não tivesse lhe sido invadida, chamado de *status quo ante*²⁸.

Para finalizar o cotejo pretendido, citando Francisco Pereira Coelho, que os institutos são distinguíveis pelo modo como atuam na proteção dos direitos ou dos bens dos sujeitos. Se no enriquecimento sem causa a proposta protetiva é estática e exclusivamente sobre bens, seja para obter ou manter, a responsabilidade civil vai além; dinamicamente oferecer a liberdade de mobilizar, adquirir e agir com ou sobre eles²⁹.

2.3.1 O parecerismo de Pontes de Miranda

Importa-nos recorrer as lições do saudoso mestre, que embora não transcrevendo muito sobre a temática, indica preocupação quanto a confusão que à época, os práticos do direito já exerciam sobre as duas matérias, criticando veementemente a ideia:

“A parença entre o enriquecimento injustificado e o ato ilícito absoluto (art.159 e 160), gerador de dever de indenizar, começa na formação mesma dos suportes fáticos. Em ambos, cogita-se de alteração no estado de coisas entre o sujeito ativo e o sujeito passivo. Mas logo se percebe que o ser contrário a direito não é requisito que se encontre em todos os casos de pretensão pelo enriquecimento indevido, nem no é, tão-pouco, a culpa: o enriquecimento injustificado pode entrar no mundo jurídico, ainda que não tenha havido culpa, nem sequer, que se trate de ato (*e.g.* avulsão)³⁰.

Em outra nota, a semelhança, obtida em dogmáticas anteriores, mostra-se infundada quando analisado os elementos de cada instituto, como adverte Giovanni Nanni:

“O enriquecimento sem causa deve intervir sem estar vinculado à fonte do enriquecimento, se quiser preencher todas as lacunas deste campo do jurídico. É unicamente ao enriquecimento que a lei se refere, transferindo-o

²⁸ Na responsabilidade civil, embora o dano seja considerado em primeira linha, torna-se em consideração também o ato gerador (ação ilícita). Em conclusão: no enriquecimento sem causa a lei refere-se aos efeitos benéficos da deslocação patrimonial num certo patrimônio. Na responsabilidade civil, a lei leva só em conta os efeitos prejudiciais de uma ação ilícita num patrimônio dado. Enriquecimento sem causa, responsabilidade civil e nulidade. Revista dos Tribunais, v.560, p.265.

²⁹ O enriquecimento e o dano, p.20-21.

³⁰ PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado, v.26, p.121.

do patrimônio do enriquecido para o patrimônio do titular dos bens à custa dos quais ele foi obtido. A fonte do enriquecimento pode ser das mais variadas, interessando só que o seu resultado seja criticado pela ordem jurídica³¹.

2.3.2 O parente pobre da Responsabilidade Civil

Embora se reconheça os diferenciais apresentados nas laudas acima sobre o enriquecimento ilícito, quer parecer que a doutrina pela confusão que trouxe na dissociação dos institutos considera o enriquecimento sem causa, decorrente da mesma raiz obrigacional que a responsabilidade civil, que vimos não ter qualquer sentido pela imperiosa distinção quanto aos elementos que originam os institutos.

Embora os esforços da doutrina, a polarização ainda não reúne os contornos necessários para uma completa diferenciação, à medida que existe divergência quanto aos elementos para o enriquecimento ilícito são os mesmos ou guardam semelhanças com os da responsabilidade civil.

Em resumo, o que talvez mais traga semelhança, emprestando o verbebo Pontiano, é a interpretação de que o nexo de causalidade, existente como elemento entre dos dois institutos guardam relação entre si.

Outro ponto que merece a atenção é a sugestão de culpa que a redação do artigo 884 do Código Civil parece apresentar, especialmente na parte “...Aquele que, sem justa causa, se enriquecer a custa de outrem...”, o que já comentamos acima a respeito da possível ideia canônica de que enriquecer-se é um pecado venial, passível de punição, mesmo que decorrente da mais proba atitude de um crente fervoroso.

Novamente, Júlio Manuel Vieira traz a relevante advertência, que na comparação entre os institutos, deixa transparecer que o enriquecimento está aquém da responsabilidade civil, vejamos:

“Se, contudo, não houver o cuidado de precisar que a deslocação patrimonial não supõe a identidade exacta entre o perdido por um e o obtido pelo outro, e muito menos requer que se trate de uma coisa corpórea que se desloque fisicamente de um patrimônio para o outro, ou se não se tiver plena consciência de que o famoso empobrecimento não corresponde ao conceito de dano em sede de responsabilidade civil, mas é porventura muito mais

³¹ NANNI, Giovanni Ettore. Enriquecimento sem causa. 2 Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p.218.

amplo, corre-se o risco de atrofiar consideravelmente o enriquecimento sem causa e de o converter num “parente pobre”, numa caricatura ou imitação da responsabilidade civil³².”

E tanto é o esforço da doutrina para que sequer minimamente seja considerado como responsabilidade civil determinado ato jurídico diverso da ideia de repor ou de retornar ao *status* anterior, com avaliação de culpa, nexos causal, que admite-se como exemplo um negócio jurídico bilateral, que por força maior deixou de ser cumprido por uma das partes, ao passo que a outra já havia realizado o adimplemento da parcela.

Não há que se falar em indenização, em primeiro lugar pela hipótese de excludente de responsabilidade pela força maior. E por conseguinte, na situação concreta, não há dano ou ato ilícito, que comprove a desnecessidade de qualquer apego a elementos de responsabilidade civil para caracterizar o deslocamento patrimonial indevido a parte que enriqueceu-se por força maior atingida no patrimônio do outro.

Então, não são pelos inúmeros elementos ou requisitos que o enriquecimento sem causa é instituto próprio e não decorrente da responsabilidade civil. Ele o é instituto próprio por tornar-se princípio geral, obrigação autônoma e especialmente no seu bojo por não requerer avaliação de conduta do agente, resguardando a avaliação do fato objetivo, em outras palavras, na mera transferência patrimonial sem justa causa.

2.4 Crítica à semântica

2.4.1 O artigo 886, 929 e 930 do Código Civil

Para compreender o objeto desta análise quanto à semântica, tenha-se por necessário esclarecer inicialmente que o enriquecimento sem causa não deriva da responsabilidade civil, sendo fonte autônoma de obrigação.

Conquanto sendo autônoma a obrigação, destaque-se que o Código Civil de 2002, não disciplinou as fontes de obrigações, deixando ao encargo da doutrina, embora tenha reordenado a matéria, neste caso incluindo o enriquecimento sem causa como obrigação.

³² GOMES, Julio Manuel Vieira. O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa. Coimbra: Universidade Católica Portuguesa, 1998, p.218.

Portanto, o novo diploma civil traz como fonte das obrigações além daqueles já vistos em codificações anteriores, o enriquecimento sem causa e o abuso de direito.

Então para a compreensão da crítica semântica, destaque-se que o enriquecimento sem causa deve ser visto sob duas perspectivas: a de princípio, mas também a de obrigação, conforme cita Cláudio Michelon Junior:

“como princípio, o enriquecimento sem causa é o fundamento, por exemplo, dos regimes de eficaciais da anulação de negócio jurídico e da resolução dos contratos. A noção que rege a ambos os regimes é claramente a de retorno das partes ao estado anterior a constituição da relação jurídica anulada ou resolvida. Esse retorno ao *satus quo ante* é inspirado no princípio de que certas migrações patrimoniais só podem ser justificadas a partir da existência de certos atos ou negócios jurídicos, ou seja, em um princípio que comanda o desfazimento de qualquer enriquecimento sem causa³³.”

Neste passo e vislumbrando o enriquecimento sem causa como uma obrigação autônoma, embora os esforços para a adequação do instituto alheio ao que vinha sendo ajustado, a saber pagamento indevido, houve ausência de preocupação do legislador do Novo Código Civil para separar ainda mais os institutos na legislação, especialmente no tocante as terminologias que são utilizadas³⁴.

Em rápida análise é possível identificar que os termos “lesado” ou “pessoa lesada” tornam-se parte da redação da capitulação envolvendo o enriquecimento sem causa, não obstante também pertencer ao dispositivo envolvendo a responsabilidade civil.

³³ MICHELON JUNIOR, Cláudio Fortunato. Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido. Gestão de negócios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Biblioteca de Direito Civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale; v.8). p.176.

³⁴ Art.886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Giovanni Nanni assim sedimenta a preocupação:

“Tendo em mente esse debate, infere-se que não definiu bem o Código Civil de 2002 ao designar o art. 886 o “lesado” como vítima de prejuízo sofrido em razão do enriquecimento sem causa. Melhor seria o termo “empobrecido”, específico do tema objeto do estudo, do que aquele que efetivamente lançado na lei, justamente para evitar comparações indevidas entre a responsabilidade civil e o locupletamento ilícito. O termo “lesado” ou “pessoa lesada” é utilizado com frequência no Título da Responsabilidade Civil no novo Código Civil, como, por exemplo, nos arts. 929 e 930. Assim, o uso indiscriminado do mesmo termo técnico em dois institutos diferentes exterioriza uma incorreção técnica na definição do enriquecimento sem causa na nova legislação civil³⁵.”

De fato, com a recepção do Novo Código Civil a evolução pela adequação do instituto é factível; porém mesmo com a substituição do pagamento indevido pela terminologia atual, têm-se pela ausência de precisão terminológica exigida pela antiga escola romana, já que no conteúdo guarda fragmentos de épocas onde a dissociação quanto à responsabilidade civil era árdua, porquanto o entendimento de que a restituição decorria de ato ilícito, diga-se: fonte obrigacional diversa, ao passo que o requisito do enriquecimento sem causa decorre mera transferência de patrimônio sem justa causa³⁶.

³⁵ NANNI, Giovanni Ettore. Enriquecimento sem causa. 2 Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p.218.

³⁶ No mesmo sentido quanto aos requisitos do enriquecimento à doutrina não é unânime sendo que Agostinho Alvim e Caio Mário apontam cinco requisitos adotando a linha sistemática da doutrina francesa, sendo eles: a) o empobrecimento de um indivíduo; b) o enriquecimento de outro; c) o nexo de causalidade existente entre o enriquecimento e o empobrecimento; d) a ausência de justa causa; e por último, e) o caráter de subsidiariedade da ação de enriquecimento ilícito. Por outro lado, parte da doutrina, o qual o presente trabalho adotará destaca apenas a existência de três requisitos que estariam elencados no próprio texto do artigo 884 do Código Civil de 2002 estabelecendo que: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer a custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”, ou seja, seriam eles: a) a existência de um enriquecimento; b) a obtenção do enriquecimento à custa de outrem e, c) ausência de causa justificadora para o enriquecimento. ZANINI, Vitor Arlen de Oliveira. A responsabilidade civil extracontratual e o enriquecimento sem causa como limite para a quantificação do dano, p.47-48. Monografia apresentada para obtenção do título de especialista em Di-

3 Comentários De Casos

3.1 O problema terminológico de produto e proveito do crime

Um dos pontos polêmicos que atingem os casos na esfera prática é sobre a terminologia “produto e proveito do crime” listado no inciso V do artigo 932 do Código Civil.

Inicialmente temos de nos referir que sob qualquer hipótese o sentido do artigo é para os que participam ativamente do crime, ou seja, os coautores, como tivemos a oportunidade de destacar nas primeiras linhas deste trabalho.

Como já comentamos, melhor se faria caso o legislador substituísse o termo “concorrente” e “participado” por outras palavras que não trouxessem a ideia de que a indicação do artigo é somente àquele que se beneficia do produto do crime.

Dizer o contrário revelar-se-ia desatenção com o artigo 932 do mesmo diploma legal, que adiante anotam a responsabilidade daqueles que praticam em conjunto com determinado delito, tornando-se corresponsáveis, solidários para a indenização da vítima.

Neste artigo, têm-se meramente uma repetição do que é contido nas disposições que tratam sobre o enriquecimento ilícito, nada mais.

Citando Clóvis Bevilacqua, embora a pessoa não tenha tido parte na violação do direito, se recebeu o produto do crime, deverá restituí-lo, não obstante a inocência.

Adiante temos importante definição: haveria diferença entre a terminologia produto do crime ou proveito do crime para fins de restituição ao empobrecido?

Sérgio Cavalieri assim discrimina as diferenças:

“Uma coisa é o *produto* do crime, e outra o *proveito*. Produto é o resultado direto e imediato do crime, é a própria *res furtiva*; proveito é o resultado indireto ou mediato do crime, o valor ou dinheiro em que se transformou a *res furtiva*. A lei fala em produto do crime e não em proveito³⁷.”

A considerar a diferenciação e em vista de que a lei assim versa (produto do crime), temos o exemplo: O ladrão que presenteia sua mulher, sem

reito Civil Aplicado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/70192>. Acesso em: 11/06/2018.

³⁷ FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 6 Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.219.

que esta saiba da origem do presente, e o presente em caráter gratuito, haveria de devolver (restituir) o bem para o empobrecido?

O doutrinador Sérgio Cavalieri entende que nesta circunstância, caso demandada, a mulher presenteada deverá devolver o bem para o empobrecido em vista de que o comando legal obriga a tal situação, cuja interpretação de produto, conforme falamos detém caráter da própria *res furtiva*.

De outro modo, se o mesmo ladrão, alienasse o bem e com o dinheiro pela alienação, sustentasse esta mesma mulher, não caberia qualquer restituição de valores ao empobrecido, unicamente pela inexigibilidade de conduta diversa à que a lei propõe, mesmo que a própria mulher exemplificada saiba que seu sustento decorre de alienação de bem havido de produto de crime.

O texto legal não alcançou a hipótese acima, ou seja, o proveito do crime, não poderá ser restituído ao empobrecido pela limitação legal do inciso V que o artigo se propõe.

3.2 O uso não autorizado da imagem: indenização ou restituição?

Este outro exemplo versa sobre uma polêmica tida no início dos anos 2000 envolvendo a atriz Maitê Proença, que originou a sumula de nº 403 do STJ³⁸ – priorizando a defesa da imagem e sua veiculação em meios de comunicação sem o consentimento pela atriz.

Para elaboração da Súmula 403 foram utilizados alguns julgamentos, dentre eles o que deixaremos para comentários neste caso³⁹.

Tratava-se de corretor de seguros bem sucedido que teve sua imagem divulgada por uma corretora de seguros, sem consentimento, que ao final foi beneficiada da excelente reputação do profissional.

O corretor recebeu da Justiça a indenização pelo uso indevido de sua imagem no importe de 100 (cem) salários mínimos, mesmo levando em conta que o próprio autor, corretor de seguros, foi beneficiado pela publicação não autorizada

Nos intensos debates havidos, sustentou-se em suma que o dano era legítimo ao autor porque tratava-se da própria utilização indevida da imagem com fins lucrativos, sendo dispensável a demonstração do prejuízo material ou moral.

Nesta confusão para diferenciar o enriquecimento sem causa de inde-

³⁸ Súmula 403. Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.

³⁹ REsp 267.529/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 03/10/2000, DJ 18/12/2000, p.208.

nização, pergunta-se: Haveria, no caso concreto, direito a indenização pela imagem não autorizada ou restituição do enriquecido para o empobrecido?

Com ares de ironia, o Ministro Asfor Rocha indicou se indenização era devida a situação que ela deveria ser reduzida a um real.

Nota-se a falha dogmática do acórdão e votos dos Ministros com relação a adequação entre responsabilidade civil e enriquecimento sem causa.

Em primeiro lugar porque se houve o beneficiamento daquele que requereu indenização pelo uso indevido da imagem e diga-se, independentemente de prova do prejuízo, têm-se que não se travou um julgamento jurídico e sim um caráter político, já que inegavelmente no caso em tela, a dispensa da prova do dano far-se-ia impossível.

Então, a presunção de dano para casos envolvendo a imagem traz imensa insegurança jurídica, à medida que como no caso em tela, trouxe benefício ao autor, que valeu-se da publicidade gratuita da corretora de seguros.

Sob a perspectiva do acórdão, o trecho do Acórdão “A utilização da imagem do cidadão, com fins econômicos, sem a sua devida autorização, constitui locupletamento indevido, ensejando indenização”, demonstra que para o caso em tela o correto seria valer-se de restituição de valores e não indenização.

De fato, a análise do caso mostra claramente a ausência de dano ao autor, ao contrário, trouxe-lhe benefício de exposição de seus serviços profissionais.

Em vista do que noticiamos quanto a diferenças dos institutos, temos que o Superior Tribunal de Justiça equivocou-se ao indenizar o corretor de seguros, à medida que melhor far-se-ia a aplicação do enriquecimento sem causa.

A uma porque não houve produção de dano ao corretor de seguros, ao contrário, teve ele um favorecimento pela divulgação da imagem.

A duas porque o interesse do caso concreto era a deslocação patrimonial com o seu efeito de devolver o incremento de patrimônio indevido ao enriquecido.

A três porque a proteção do conteúdo de destinação dos direitos absolutos está longe de ser tarefa da responsabilidade civil, que se destina a eliminar o dano e trazer a situação ao *status quo ante*.

Concluindo, nos parece que o Superior Tribunal de Justiça pretende curar a doença da invasão da personalidade através do remédio equivocado, que ocasionará efeitos indesejados.

No caso em tela, se houvesse dos Ministros a recorrer pelo remédio adequado, o enriquecimento sem causa haveria maior segurança na estipulação do montante a ser restituído.

A interpretação de hipótese de responsabilidade civil, recebeu trata-

mento arbitrário haja vista que o julgador estipulou indenização para um caso em que o próprio autor afirmou a inoccorrência de dano.

Assim, teria melhor atendido os anseios da correta interpretação se o julgador verificasse a ocorrência dos requisitos do enriquecimento sem causa (intromissão na esfera jurídica alheia sem autorização) e determinar o valor ou objeto da restituição, que corresponderia ao valor de mercado do uso da imagem, desde que provados que os atributos pessoais do autor foram determinantes para o sucesso da campanha publicitária que a corretora de seguros assim o fez; um percentual do montante correspondente ao aumento do faturamento da empresa que usurpou a esfera jurídica do titular da imagem.

Além disso, conforme listamos acima, há falha na própria redação do Acórdão que lista elementos de responsabilidade civil e ao final justifica com o enriquecimento de causa, tornando crível a ideia de que resiste no ordenamento jurídico brasileiro alguma vinculação entre conduta, dano e ato ilícito no instituto do enriquecimento sem causa, em que pese nossas considerações quanto as diferenças nos fatos de suporte dos dois institutos.

Conclusão

Não é tarefa das mais fáceis contribuir com a dissociação dos institutos que costumeiramente andam lado a lado, ora emprestando conceitos de um, ora de outro, para legitimar as arbitrariedades dos julgados.

Também ao que parece não há rigor dogmático no enfrentamento sobre o assunto na esfera prática, o que torna o exercício acadêmico difícil na seleção de jurisprudência que possa ser analisada, destrinchada e posteriormente atacada.

Sob o ponto de vista dogmático, ao que tudo indica houve mero esquecimento na permanência do inciso V do artigo 932 do Código Civil, já que a doutrina que avançou desde a criação do anteprojeto até os dias atuais é unânime ao tratar do assunto como enriquecimento sem causa, sem qualquer apelo para a manutenção nos anais da responsabilidade civil.

No entanto, e como vimos no estudo de caso, reside confusão na interpretação de situações complexas. Em outras palavras, fala-se muito em enriquecimento sem causa como princípio geral e depois como obrigação autônoma, mas que na prática os empréstimos dos requisitos da responsabilidade civil são imanentes e elementares.

Nesta toada, ainda que superados os pontos dogmáticos, temos que as próprias terminologias utilizadas nos artigos envolvendo a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa apresentam certo significado decorrente

de responsabilidade, como “lesado” ou “pessoa lesada”, que fatalmente incorrerá em interpretações equivocadas.

Não nos seria ousado demais dizer que o enriquecimento sem causa, usualmente é visto como subespécie de responsabilidade civil quando analisado sob a perspectiva obrigacional e que a dissociação dos elementos ainda não se tornou suficientemente clara para que a prática recepcione de modo claro a beleza que o instituto merece.

Ora, se desde a anterior codificação já permanecia o interesse em tornar o enriquecimento sem causa uma obrigação autônoma, bem como observou-se os esforços em explicitar no Código Civil, retirando do contexto de pagamento indevido, deveriam o legislador concatenar melhor a dicção gramatical para evitar equívocos interpretativos que transformam institutos simples numa teia complexa de argumentos.

ALVAREZ, F. O. de C. R., Unjust enrichment and the civil liability. *Justitia*, São Paulo, v. 209/210/211/212, p. 140-164, Jan./Dec. 2017-2018.

- **ABSTRACT:** The article presents a textual and dogmatic analysis of the article 932, V of the Civil Code and the similarity between civil liability and unjust enrichment. In this way, it intends to clarify the main differences between the civil liability of third parties who benefit from the proceeds of crime and the unjust enrichment, reviewing the elements and concepts guide to distinguish the institutes. In the end, an analysis involving two factual situations will be made. The first, objectively condemning, will involve the reproduction of the doctrinaire essay in relation to the “proceeds of crime” section and its scope. The second case will attempt to respond to the use of the term “indemnity” as the sole source for repairing third-party interferences in the victim’s assets, through an analysis of a judgment that contributed to the Superior Court of Justice’s understanding for the creation of the summons nº 403 and compensation for the attachment of unauthorized images for commercial purposes.
- **KEYWORDS:** Liability. Unjust enrichment. Third party factor. Crime proceeds. Gratuitousness. Mistaken terminology.

Referências

Agostinho, Neves de Arruda. Do enriquecimento sem causa. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1957.

- AGUIAS DIAS, José. Da Responsabilidade Civil. Tomo II. 4 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- ALMEIDA, L. P. Enriquecimento sem causa. 3ª Ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2000, p.16.
- ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. II. Rio de Janeiro: Editor Bor-sói, 1966.
- _____, José Carlos Moreira. Direito romano. Rio de Janeiro: Forense, 1980
- ASTONE, Francesco. Tratado de Direito Privado, v.26, 1956.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil. 12 Ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das obrigações. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1954, p.100.
- BISCARDI, Arnaldo. The early history of the “actio in rem verso”.
- FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 6 Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- GOMES, Orlando. Obrigações. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Elementos de reponsabilidade civil, 2006.
- LIMA, Alvino. Culpa e Risco. 2ª Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1963.
- LISBOA, Roberto Senise. Manual Elementar de Direito Civil. Volume 3. 2 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- MICHELON JUNIOR, Cláudio Fortunato. Direito restituitório: enriquecimento sem causa, pagamento indevido. Gestão de negócios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- NANNI, Giovanni Ettore. Enriquecimento sem causa. 2 Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- NORONHA, Fernando. Enriquecimento sem causa. Revista de Direito Civil. Imobiliário, Agrário e Empresarial, 2010.
- KASER, MAX. Direito Privado romano. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- PEREIRA, Caio Mario. Responsabilidade Civil. Atualizador: Gustavo Tepedino. 11 Ed. Rio de Janeiro, 2016.
- _____. Instituições de Direito Civil. Vol. II. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.
- ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Braga; FARIAS, Cristiano Chaves. Novo Tratado de Responsabilidade Civil. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Tomo LIII. Editora Revista dos Tribunais, 1984.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. 16ª Ed. Volume IV Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2016.

STOCO, Rui, Tratado de Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência. 10 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TUHR, Andreas. Tratado de las Obligaciones, Editorial Reus, Madrid, 1934.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. 16ª Ed. Volume IV Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2016.

ZANINI, Vitor Arlen de Oliveira. A responsabilidade civil extracontratual e o enriquecimento sem causa como limite para a quantificação do dano, 2008.

O Trinômio de Kelsen: Estado, Direito e Normatividade

Felipe Oliveira de Castro Rodriguez ALVAREZ*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Origem. 1.1 O Estado. 1.2 O Direito. 1.3 Estado e Direito: Coexistência ou Precedência?. 2 Ordem Social. 2.1 Direito sem Estado. 2.2 Permissão à Liberdade. 2.3 Onde se situa a autonomia. 3 A Modernização da Autonomia. 3.1 Conceito. 3.2 Evolução Histórica. 3.3 A Autonomia Privada. 3.3.1 Os limites à autonomia privada. 3.3.2 Colisão entre Autonomia Privada e Direitos Fundamentais. 4 Recepção da Autonomia Privada. 4.1 Chineses. 4.2 Árabes. 5 Casuística. 5.1 Os Aplicativos eletrônicos e a Autonomia Privada. Conclusão. Referências
- **RESUMO:** O artigo apresenta o trinômio Kelseniano: Estado, Direito e Normatividade, sob a perspectiva da precedência ou coexistência do Estado frente ao Direito. Também pretende clarificar a possibilidade de haver Direito sem a existência do Estado e como dar-se-ia este fenômeno à luz de comunidade contemporâneas. Na última parte deste artigo e analisando detidamente a dogmática da autonomia, pretende-se além do conceituar o tema, mas compreender a sua evolução histórica, limites e recepção nos ordenamentos jurídicos alienígenas com a apresentação de caso concreto envolvendo as redes sociais.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Direito. Estado. Norma. Autonomia. Redes Sociais.

Introdução

O trabalho resulta num esforço para compreender a autonomia privada sob a luz de Hans Kelsen em sua obra “Teoria Pura do Direito”. Cada elemento deste trinômio é componente imprescindível na concepção do estudo da Autonomia Privada. Destaca-se que a investigação pretende avaliar o condicionamento da Autonomia Privada na ordem coativa, e a reação no Estado e Direito. O recurso dar-se-á pela avaliação de decisões polêmicas na seara acadêmica, vez que o julgamento filia-se a proposições distintas. Nos

* Mestrando em Direito Civil; Universidade de São Paulo, São Paulo.

escombros de opiniões bem fundamentadas, que heróis juristas resistem, o artigo centraliza opinião ao resgate do uso da dogmática privatista para justificação das decisões contemporâneas, sem escorregar por análises meta jurídicas que não advenham da mais pura Teoria do Direito.

1 Origem

1.1 O Estado

O Estado, proposto o estudo sob uma ótica individual, requer investigação profunda, complexa e de difícil definição objetiva. Neste arrazoadado debruçou-se esforço para peneirar o elemento sem abordagens extrajurídicas bem como análise do que é Estado sob os holofotes da análise da obra Teoria Pura do Direito.

Antes de passar ao estudo, destaque-se que o ajuntamento de informações leva a compreensão de que a análise receberá o viés da afirmação científica disponível na década de 30 do século passado; portanto as alterações e flexibilizações kelsenianas não foram admitidas para fins deste estudo que analisou os estudos iniciais publicados em sua primeira obra.

É inegável que a perspectiva kelseniana sobre o Estado transforma-se conforme a evolução de seus estudos e os avanços do seu pensamento, que embora interessantes não serão objeto desta abordagem.

Para legitimar as justificativas do que é o Estado, partir-se-á da premissa de encontrar as afirmações de Kelsen em sua fase construtivista, cuja preocupação cercava de afirmar a necessidade de purificar a ciência do Direito e transformá-la em disciplina normativa.

Nas palavras de Edvaldo Fernandes da Silva:

“A teoria pura solucionou o litígio com as ciências rivais da forma mais prosaica possível: ao negar a cindibilidade epistemológica do Estado por meio do expediente de subsumi-lo ao Direito, que concebe como monopólio da ciência jurídica, a Teoria Pura exime-se do problema da análise multifacetada do Estado, que exige a demarcação exata do campo de investigação das ciências concorrentes¹.”

Kelsen considera que o que se concebe como Estado nada mais é do que um caso especial da forma do Direito em geral e assim, o Estado nada

¹ SILVA, Edvaldo Fernandes. O Estado transnormativo e a democracia em Hans Kelsen. Disponível em <https://jus.com.br/artigos20163>. Acesso em 01/06/2018.

mais é do que um complexo de normas sem a imanência de outras ciências para justifica-lo².

O Estado é a ordem de conduta humana cuja compreensão deve ser libertada de elementos místicos e isento de ideologias. As afirmações de Kelsen vão ao encontro do pensamento de que são os homens, através de processo regulado pela ordem jurídica que criam o Estado para que este passe a produzir e/ou garantir o Direito.

A identidade de Estado começa a ser explorada pelo raciocínio de que o Estado é uma organização política; no entanto que tal afirmação traz somente uma ideia conclusiva sobre um dos pilares característicos que é a força coativa que o Estado enquanto ordem possui.

No entanto para que uma ordem jurídica possa receber a nomenclatura de Estado torna-se necessária a apresentação de certa organização, com a instituição de órgãos com certa subdivisão de trabalho que permitam a criação e aplicação de normas e principalmente certo grau de centralização.

Kelsen afirma que a ordem jurídica chamada “Estado” goza de uma necessidade de organização relativamente centralizada, já que através dessa centralidade seria possível distinguir de outras ordens, como a pré-estadual ou supra-estadual que é a do Direito Internacional Geral.

Segundo Kelsen, para que determinada ordem jurídica seja validada como “Estado”, além da centralização, tem-se que as normas jurídicas sejam produzidas por determinado órgão legislativo num processo legiferante e sem empréstimos consuetudinários³.

Neste raciocínio, Kelsen valida a sua posição informando que qualquer coisa que fuja desta metodologia, traria a ordem jurídica um caráter pré ou

² Também o Estado não pode ser senão um complexo de normas, independentemente do que possa dizer-nos uma consideração científico causal, histórica ou sociológica. E é certo que para KELSEN o Estado se identifica com uma ordem jurídica que institui certos órgãos que funciona, em regime de divisão de trabalho para a produção e execução das normas que a compõem. LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3 ed. Trad. José Lamego. Lisboa: 1997, p.103.

³ Estado de Direito neste sentido específico é uma ordem jurídica relativamente centralizada segundo a qual a jurisdição e a administração estão vinculadas às leis – isto é, às normas gerais que são estabelecidas por um parlamento eleito pelo povo, com ou sem a intervenção de um chefe de Estado que se encontra à testa do governo. KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 3ª tiragem. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.218.

supra-estadual⁴, e que, embora a comunidade jurídica possa dar aos indivíduos certo poder de sanção, pela ausência de centralidade e muito exercício consuetudinário na aplicação, não são Estado.

Enquanto comunidade social, reconhece o jurista alemão a teoria tradicional que destila os elementos estatais em três: população, território e poder⁵. Este último reconhece que o poder do Estado não é força mística e sim a eficácia da ordem jurídica reconhecida pelos indivíduos que se submetem dentro das limitações territoriais⁶.

No que toca as atribuições do Estado, como pessoa jurídica, têm-se que o Estado é uma corporação tal qual as demais corporações, ou seja pessoa jurídica ordinária, regular.

O Estado insere-se na comunidade jurídica em forma de corporação, se submetendo a ordem normativa como indivíduo, sujeito agente, com representatividade, dotado de direitos, deveres e responsabilidades.

Nesta senda, um dos questionamentos da análise do Estado é definir quais atitudes decorrem do Estado como ordem e àqueles enquanto corporação.

⁴ Nem a ordem jurídica pré-estadual nem a ordem jurídica supra (ou inter-estadual) instituem tribunais que sejam competentes para aplicar as normas gerais aos casos concretos, mas conferem poder aos próprios súditos da ordem jurídica para desempenharem esta função e, especialmente, para executarem as sanções estatuídas pela ordem jurídica pela via da autodefesa. São os membros da família do assassinado que, segundo o Direito primitivo, exercem a vingança de sangue contra o assassino que, segundo o Direito primitivo, exercem vingança de sangue contra o assassino e contra os membros da sua família. Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. 3ª tiragem. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.200.

⁵ A população é constituída pelos indivíduos que pertencem a um Estado. O chamado território do Estado apenas pode ser definido como o domínio espacial de vigência de uma ordem jurídica estadual. É quase de per si evidente que o chamado poder do Estado, que é exercido por um governo sobre uma população residente dentro do território do Estado, não é simplesmente qualquer poder que qualquer indivíduo efetivamente tem sobre outro indivíduo e que consiste em o primeiro ser capaz de conduzir o segundo a observar uma conduta por aquele desejada. Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. 3ª tiragem. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.201-202.

⁶ Desta forma, o Estado, cujos elementos essenciais são a população, o território e o poder, define-se como uma ordem jurídica relativamente centralizada, limitada no seu domínio espacial e temporal de vigência, soberana, ou imediata relativamente ao Direito internacional e que é, globalmente ou de um modo geral, eficaz. Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. 3ª tiragem. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.202-203.

Hans Kelsen defende que quando o Estado, no cotidiano, atua na comunidade jurídica com função pré-definida pela ordem jurídica age enquanto Estado, cujo exemplo é o processo legislativo realizado pelo Estado.

Em síntese, o Estado, como ordem social, é a ordem jurídica nacional definida, ao passo que o Estado como pessoa é a personificação dessa ordem.

1.2 O Direito

Na jornada que se pretende, Kelsen inicialmente preocupa-se em afastar distinções linguísticas sobre a terminologia Direito da germânica palavra *Recht*.

No entanto percebeu-se os fenômenos sociais na teoria de Kelsen, em suas proposições sobre o Direito enquanto conceito comum⁷.

Conquanto, as circunstâncias de seus estudos, Kelsen assim determina o Direito:

“São designados como “Direito”, como ordens de conduta humana. Uma ordem e um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é – como veremos – uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem⁸.”

O autor alemão compreende que o Direito é uma ordem normativa que extrai-se de uma norma fundamental que valida todas as normas pertencentes a essa ordem, desde que em povos civilizados, à medida que em tempos primitivos havia regulação da conduta dos animais, plantas e até coisas mortas, o que nos parece incompreensível na contemporaneidade⁹.

⁷ Por estas afirmações, verifica-se que Kelsen, apesar do propósito purista de sua teoria, admite: a. a conexão entre o fenômeno jurídico e outros fenômenos sociais; b. a instrumentalidade do Direito como simples técnica social a serviço de uma ordem determinada; c. a finalidade de toda ordem jurídica. GOMES, Orlando. Marx e Kelsen. Salvador: Universidade da Bahia, 1959. p.17.

⁸ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 3ª tiragem. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.21.

⁹ Na antiguidade havia em Atenas um tribunal especial perante o qual corria o processo contra uma pedra, uma lança ou qualquer outro objeto através do qual um homem, presumivelmente sem intenção havia sido morto. E ainda na Idade Média era possível pôr uma ação contra um animal – contra um touro, por exemplo, que houvesse provocado a morte de um homem, ou contra os gafanhotos que tivessem aniquilado as colheitas. O animal processado era condenado na forma legal e enforcado, precisamente como se fosse um criminoso humano. KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 3ª tiragem. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.21.

Uma característica comum às ordens sociais chamadas de Direito é a força coativa, ou seja, é uma força que reage contra circunstâncias socialmente ardilosas ou contra condutas provenientes dos indivíduos que ali pertencem aplicando certa sanção sobre as atitudes.

No entanto, a sanção proveniente da força coativa, característica pura da ordem social chamada de “Direito”, embora traga um sentido de mal àquele que infringiu determinada regra na ordem que pertence, não necessariamente representa um ato vil ao indivíduo, conforme exemplo de exceção que Kelsen anota:

“Assim acontece, por exemplo, quando alguém que cometeu um crime deseja, por remorso, sofrer a pena estatuída pela ordem jurídica e sinta esta pena, portanto, como um bem; ou quando alguém comete um delito para sofrer a pena de prisão correspondente, porque a prisão lhe garante teto e alimento.”

Uma outra análise importante sobre Direito é que este, segundo Hans Kelsen distancia-se da Justiça¹⁰.

Em outras palavras, não se pode pensar que para se ter Direito é necessária o atributo da Justiça.

É necessário pensar que para se ter Direito é necessário que o ato goze de validade sob o manto da norma fundamental conforme a Teoria Pura do Direito clarifica.

O exemplo de Kelsen para justificar a necessidade de validade através de norma fundamental é a seguinte provocação: porque o comando de um ladrão, que sob ameaça ao indivíduo que será assaltado, não é considerado Direito?¹¹

¹⁰ Não obstante, a teoria pura só se ocupa do Direito tal como é, até porque é uma teoria do Direito Positivo. (12) O valor justiça lhe é indiferente. Toda valoração, todo juízo sobre o Direito positivo deve ser afastado. O fim da ciência jurídica não é julgar o Direito positivo, mas, tão só, conhecê-lo na sua essência e compreendê-lo mediante a análise de sua estrutura. GOMES, Orlando. Marx e Kelsen. Salvador: Universidade da Bahia, 1959, p.14.

¹¹ Se se trata de ato isolado de um só indivíduo, tal ato não pode ser considerado como um ato jurídico e o seu sentido não pode ser considerado como uma norma jurídica, já mesmo pelo fato de o Direito – conforme já acentuamos – não ser uma norma isolada, mas um sistema de normas, um ordenamento social, e uma norma particular apenas pode ser considerada como norma jurídica na medida em que pertença a um tal ordenamento. KELSSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 3ª tiragem. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.33.

A provocação é pertinente para a compreensão de que não se considera o sentido subjetivo do comando do assaltante, mas o sentido objetivo, conforme trecho que destacamos da obra *Teoria Pura do Direito*:

“Interpretamos o comando de um, mas não o comando do Outro, como uma norma objetivamente válida. E, então, num dos casos, vemos na conexão existente entre o não acatamento do comando e um ato de coerção uma simples ameaça, isto é, a afirmação de que será executado um mal, ao passo que, no outro, interpretamos essa conexão no sentido de que *deve ser* executado um mal. Assim, neste último caso, interpretamos a execução efetiva do mal como a aplicação ou a execução de uma norma objetivamente válida que estatui o ato de coerção; no primeiro caso, porém interpretamo-lo – na medida em que façamos uma interpretação normativa – como um delito, referindo ao ato de coerção normas que consideramos como o sentido objetivo de certos atos que, por isso mesmo, caracterizamos como atos jurídicos¹².”

O fundamento de validade da norma perpassa pelo estudo do juízo utilizado para atribuir determinados atos com sentido objetivo (ou seja de norma válida).

Novamente o exemplo de Kelsen deixa cristalino como determinada conduta é validada ao passo de que outra não¹³.

¹² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3ª tiragem. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.32.

¹³ Interpretamos a morte de um indivíduo por outro como execução de uma sentença de morte, e não como homicídio. Este juízo baseia-se no fato de reconhecemos no ato de matar a execução de uma decisão judiciária que ordenou a morte como pena. Quer dizer: atribuímos ao ato do tribunal o sentido objetivo de uma norma individual e, assim, consideramos ou interpretamos com tribunal o grupo de indivíduos que pôs o ato. Isto fazemo-lo nós porque reconhecemos no ato do tribunal a efetivação de uma lei, isto é, de normas gerais que estatuem atos de coerção e que consideramos como sendo não só o sentido subjetivo, mas também o sentido objetivo de um ato que foi posto por certos indivíduos que, por isso mesmo, consideramos ou interpretamos como órgão legislativo. E fazemos isto porque consideramos o ato de produção legislativa como a realização da constituição, isto é, de normas gerais que, de conformidade com o seu sentido subjetivo, conferem àqueles indivíduos competência para estabelecer outras normas gerais que estatuem atos de coerção. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3ª tiragem. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.32.

Em síntese, a conduta humana reprovável é aquela que está em descompasso não com a justiça mas com o ordenamento jurídico, manifestado pelo sentido objetivo proposto pela norma jurídica fundamental¹⁴.

E sobre a justiça ser premissa de legitimidade para determinar o significado do que é Direito, destaque-se a argumentação de Kelsen a respeito das proposições de Santo Agostinho.

Santo Agostinho, em sua proposta teológica afirmava que a ausência de justiça numa ordem jurídica tornava a comunidade antijurídica, dada a invalidade das normas que a ela se vinculavam, já que o Direito deve ser uma ordem de coerção baseada em justiça e por isso tornar-se-ia distinta de um bando de salteadores¹⁵.

De outro lado, Kelsen rebate o raciocínio ao desconsiderar o elemento justiça como característica fulcral para determinar que se a comunidade jurídica possui ordem normativa é absolutamente válida¹⁶.

O juízo de valor não determina a existência de uma comunidade jurídica, à medida que o justo para uma comunidade pode não o ser para a outra. Melhor se faz, do ponto de vista positivista, acatar que uma ordem social é Direito, se coercitiva aos indivíduos que ali pertencem.

À baila deste movimento, tem-se que Santo Agostinho à época dos manuscritos do *Civitas Dei*, ao que parece, travava batalha particular com os romanos para lograr êxito em justificar sua fé no Deus judaico-cristão àquelles que se propunham a ouvir suas promoções de fé, mesmo quando incluía circunstâncias envolvendo a criação do Estado.

¹⁴ A especificidade da norma jurídica reside na ligação de um fato condicionante a uma consequência condicionada, isto é, na hipótese de alguém praticar uma ação regulada por norma jurídica, a consequência nela própria prevista se produz. A relação não é, como na lei natural, de causa e efeito mas, sim, de condição e consequência. Nesta distinção apoia-se o conceito básico da teoria pura, que é o de imputação. GOMES, Orlando. Marx e Kelsen. Salvador: Universidade da Bahia, 1959, p.15.

¹⁵ Afastada a justiça, quem são, na verdade, os reinos senão grandes quadrilhas de ladrões? Que é que são, na verdade, as quadrilhas de ladrões senão pequenos reinos? AGOSTINHO, Santo. Cidade de Deus. Volume I. 23 ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p.383.

¹⁶ Do ponto de vista do direito positivo, uma tal norma não constitui um valor jurídico positivo por ser posta através de um acto que tem um valor de justiça positivo, e constitui um valor jurídico positivo mesmo quando seja posta através de um acto que tem um valor de justiça negativo. KELSEN, Hans. A Justiça e o Direito natural. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado – Editor, Sucessor, 1963, p.9.

A manifestação de Santo Agostinho pretende justificar sua profissão de fé por meio de determinar o que é Direito, do que propor que justiça é elemento imprescindível a determinação do Direito conquanto ordem jurídica, caso contrário haveria de seguir o exemplo de PAULO que determinou justiça como fé que atua pelo amor¹⁷.

O positivismo jurídico na árdua tarefa de determinar o que é Direito também analisa as atitudes de reinos e países, que tencionaram para que novas ordens coercitivas de revolucionários que tomaram o poder não fossem admitidas como atos jurídicos válidos, como foi o caso de alguns tribunais americanos ao não reconhecer atos jurídicos do governo russo após a revolução de 1917.

De fato, a vinculação de que uma ordem coercitiva – o Direito, não pode ficar à mercê do juízo de valor, porque tal é peculiar e íntimo do que analisa a circunstância.

Kelsen, preocupado com essa situação assim dialoga:

“Se a justiça é tomada como o critério da ordem normativa a designar como Direito, então as ordens coercitivas capitalistas do mundo ocidental não são de forma alguma Direito do ponto de vista do ideal comunista do Direito, e a ordem coercitiva comunista da União Soviética não é também de forma alguma Direito do ponto de vista do ideal de Justiça capitalista¹⁸.”

Na contemporaneidade outras batalhas são travadas, tal qual a disputa ideológica entre Estados Unidos e Coreia do Norte; com certa supremacia dos Americanos sobre o que é Direito por razões não jurídicas, mas econômicas e sociais.

Também relembremos a angústia de conceituação do Direito no fenômeno da Internet, fenômeno que transcende os conceitos de territorialidades, e de igual modo submisso à supremacia de Estados à outros pelos recursos tecnológicos ou prevalência de informação.

¹⁷ Por isso ensina PAULO, o primeiro teólogo da religião cristã, que a sabedoria deste mundo é insensatez em face de Deus, que a filosofia, que é conhecimento lógico racional, não é via de acesso à justiça divina que está encerrada na insondável sabedoria de Deus, que esta justiça apenas nos é revelada por Deus através da fé, da fé que actua através do amor. PAULO conserva-se fiel à doutrina de JESUS da nova justiça, do amor de Deus. Mas reconhece que o amor que Jesus ensina está para além do conhecimento da razão. Ele é um segredo, um dos muitos mistérios da fé. KELSEN, Hans. A Justiça e o Direito natural. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado – Editor, Sucessor, 1963, p.87.

¹⁸ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 3ª tiragem. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.35.

Ao fim para harmonizar a proposta de Kelsen e sua norma fundamental, que perpassa pela ideia de limitação territorial para sua aplicabilidade, nasce a inquietude de como conceituar Direito em alcances tecnológicos; como enfrentar a premente necessidade de normatização em espaços virtuais, se construção de ordem jurídica nos conceitos clássicos enseja limites territoriais?

1.3 Estado e Direito: Coexistência ou Precedência?

Foi através de Hegel, Thomas Hobbes e Jean Bodin o início dos estudos a respeito do monismo jurídico, cujo desenvolvimento deu-se posteriormente pelas obras de Ihering e John Austin; conquanto Kelsen seja o príncipe da máxima conceituação da escola de Viena.

Uma das maiores contribuições da Teoria Pura do Direito desenvolvida por Hans Kelsen na década de 30 é sem dúvida a compreensão do monismo entre as figuras de Direito e Estado.

O estatismo jurídico foi o termo cunhado para definir que Direito e Estado confundem-se em uma só realidade. Essa teoria vem a descrever que o direito estatal só existe se inserida dentro do ordenamento jurídico.

Antes, era impensável à doutrina tradicional a fusão entre Direito e Estado, já que o raciocínio basilar decorria da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado para justificar a tese dualista¹⁹.

Em linhas gerais, esta teoria tradicional partia de uma estrutura de raciocínio que considerava que o Estado recebia o mesmo processo de formação da personalidade jurídica do indivíduo, isto é, o Estado adentrava no or-

¹⁹ Também chamada pluralística, que sustenta serem o Estado e o Direito duas realidades distintas, independentes e inconfundíveis. Para os dualistas o Estado não é a única fonte do Direito nem com este se confunde. O que provém do Estado é apenas uma categoria especial do Direito: o direito positivo. Mas existem também os princípios de direito natural, as normas de direito costumeiro e as regras que se firmam na consciência coletiva, que tendem a adquirir positividade e que, nos casos omissos, o Estado deve acolher para lhes dar juridicidade. Afirma esta corrente que o Direito é criação social, não estatal. O Direito, assim, é um fato social em contínua transformação. A função do Estado é positivar o Direito, isto é, traduzir em normas escritas os princípios que se firmam na consciência social. O dualismo partindo de Gierke e Gurvitch, ganhou terreno com a doutrina de Duguit o qual condenou formalmente a concepção monista, admitiu a pluralidade das fontes do Direito positivo e demonstrou que as normas jurídicas tem sua origem no corpo social. Desdobrou-se o pluralismo nas correntes sindicalistas e corporativistas, e, principalmente, no institucionalismo de Hauriou e Renard, culminando, afinal, com a preponderante e vigorosa doutrina de Santi Romano, que lhe deu um alto teor de precisão científica.

denamento jurídico através do fenômeno da corporificação em pessoa jurídica, como sujeito de direitos e deveres numa quase existência independente da ordem jurídica, embora na sua essência ainda fosse Estado.

Essa construção deriva do raciocínio lógico sob empréstimo do Direito Privado, cuja personalidade jurídica precede cronologicamente a ordem jurídica.

Da mesma forma o ensinamento na ponta, a do Direito Público, detinha-se a ideia de que o Estado criava o “seu” Direito para posteriormente submeter-se a ele através da corporificação [pessoa jurídica] através do próprio Direito que criou.

O que se buscava com a teoria dualista tradicional, embora o raciocínio certamente confuso e inseguro era afirmar que o Estado deve ser representado como uma pessoa diferente do Direito para que o Direito pudesse justificar o Estado – que cria este Direito e depois se submete.

Em outras palavras, só era possível justificar o Estado pelo Direito quando o Direito torna-se pressuposto e essencialmente diferente do Estado, oposta à sua natureza original.

No entanto, embora o arcabouço ideológico, temos que a ideologia não aprofundava o conhecimento jurídico, antes queria apenas provar a teoria sem a preocupação de capturar se o Estado e Direito evidentemente tratam-se uma ordem de conduta humana.

Então recria-se através da análise kelseniana sobre Direito e Estado uma nova forma de visualização, sem compromisso com dicotomias ideológicas, mas experimentando o fenômeno Direito e Estado sob a ótica positivista.

Têm-se então que o Estado é a única fonte do direito, porque quem dá a vida ao Direito é o Estado através da força “coativa” de que só ele dispõe.

Em síntese e sobretudo em reconhecimento de que o Estado possui os mesmos elementos do Direito dá-se que a teoria monista funda-se nas seguintes premissas: (i) *Que Estado e Direito são uma ordem de conduta humana;* (ii) *Que Estado e Direito são ordem de coação relativamente centralizada;* (iii) *Que a corporificação do Estado [Direito] assume status de pessoa jurídica com representatividade, direitos, deveres e responsabilidades, e;* (iv) *Que através da corporificação [Estado], a ordem coercitiva [Direito] recebe personificação.*

A fusão proposta por Hans Kelsen, sob a ótica positivista rechaça com os dualismos da teoria tradicional. Em certo momento, Kelsen inclusive demonstra seus argumentos num interessante paralelismo com a teologia sobre Deus e o Mundo, Direito e o Estado.

Ora, tal qual a teologia afirma que poder e vontade são a essência de Deus, poder e vontade são essência do Estado.

De igual modo, a teologia afirma que Deus transcende o mundo mas que ao mesmo tempo é imanente no sentido de identificar-se com este, o Estado admite a transcendência ao Direito mas ao mesmo tempo sua imanência, também no sentido de identificação.

E talvez a melhor contribuição de Kelsen na tentativa de clarificar a fusão entre Estado e Direito, reproduzimos abaixo:

“Assim como o Deus criador do mundo, no mito da sua humanização, tem de vir ao mundo, de submeter-se às leis do mundo – o que quer dizer: à ordem da natureza –, tem de nascer, sofrer e morrer, assim também o Estado, na teoria da sua autovinculação, tem de submeter-se ao Direito por ele próprio criado.

Têm-se então que segundo a Teoria Pura do Direito não há precedência de Estado com o Direito e Direito com o Estado, mas sim coexistência pela adoção da teoria monista.

É indissociável a noção de Estado e Direito, tanto que Hans Kelsen parece abominar a tentativa de legitimar o Estado como “Estado de Direito” porque revelar-se-ia verdadeiro pleonismo e também porque todo Estado é uma ordem jurídica.

Em linhas finais têm-se que o fenômeno de coexistência de Direito e Estado reside sob o ponto de vista de um positivismo minimamente coerente já que o Direito como Estado não pode ser concebido senão como uma ordem coercitiva de conduta humana, cuja criação nada vislumbra traços morais ou de Justiça. Temos então que o Estado é apreendido como sendo o próprio Direito, nada mais, nada menos²⁰.

2 Ordem Social

2.1. Direito sem Estado

Um dos questionamentos interessantes que se pode retirar da Teoria Pura do Direito é se há a possibilidade de haver Direito sem que haja Estado definido, entendido como ordem jurídica válida.

Ao curso deste artigo já identificamos os elementos que caracterizam a existência de Direito e Estado em coexistência.

²⁰ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 3ª tiragem. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.222-223.

No entanto, as peculiaridades do mundo podem gerar distorções legitimando o questionamento envolvendo o Direito sem a existência de um Estado.

Sabe-se que o Direito, enquanto ordem de conduta humana tem como requisito a aplicação de sanção fundamentada que é válida na norma fundamental daquela comunidade coativa.

Em outras palavras, determina-se a existência do Direito através da validade da norma frente às condutas dos indivíduos na comunidade.

Por contraponto a teoria kelseniana, Carlos Cossio admite que o Direito é um objeto cultural de essência humana e que a norma é somente instrumento de efetivação do ato de ser indivíduo²¹.

Imaginemos a conduta dos criminosos do Primeiro Comando da Capital. É sabido que dentro da ordem de coerção interna, existem penalidades que em comparação com a comunidade jurídica brasileira são incompatíveis e impensáveis.

Ou seja, a ordem coerciva do Primeiro Comando da Capital (PCC) só entraria em conflito se comparada com uma ordem de coerção distinta de suas sanções.

Kelsen assim descreve:

“Se esta ordem é limitada no seu domínio territorial de validade a um determinado território e, dentro desses território, é por tal forma eficaz que exclui toda e qualquer outra ordem de coação, pode ela ser considerada como ordem jurídica e a comunidade através dela constituída como “Estado”, mesmo quando este desenvolva externamente – segundo o Direito Internacional positivo – uma atividade criminosa²²”.

²¹ A teoria Ecológica de Carlos Cossio, por sua vez, entende que a ciência jurídica tem por escopo, e por consequente objeto, o estudo da conduta humana em sua dimensão social, sendo a norma jurídica um meio para realização de tal estudo. Considera o Direito um objeto cultural ecológico justamente por possuir em sua essência a conduta humana. A norma é o instrumento utilizado para estudar, compreender e determinar a conduta humana. Logo, para Cossio, Direito é conduta humana, é, pois, um “dever-ser” existencial dependente da faculdade humana, que se baseia na experiência, para se configurar. MOURA, Anderson Santos. Busca de uma definição do Direito: Teoria Pura do Direito x Teoria Ecológica. DireitoNet. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2597/Busca-de-uma-definicao-do-Direito-Teoria-Pura-do-Direito-X-Teoria-Ecologica>. Acesso em: 15/06/2018.

²² KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 3ª tiragem. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.34.

Não obstante ao exemplo suscitado acima, Kelsen cita os chamados Estados de “piratas”, existentes na costa do norte da África no século XVI até meados do século XIX.

Para o Direito Internacional eram comunidades consideradas “piratas” ou “corsários” em virtude de usarem a força o que era reprimido pelo Direito Internacional.

O curioso é que a ordem interna dos “piratas” proibia internamente o uso da força entre os indivíduos primando pela busca da segurança coletiva, como uma condição de harmonização daquela comunidade.

Por óbvio, a comparação do Direito de ordem coativa mas que não goza de requisitos para tornar-se um Estado com outras ordens coativas já evoluídas e numa perspectiva de Estado seria de uma desonestidade lógica, ao passo que cada comunidade tem característica própria.

Assim, os fenômenos de paz ou justiça, que para alguns determinam a existência de Estado, numa perspectiva positiva, não o são elementos para determinar a existência do Estado, haja vista que o juízo de valor não pode ser validado.

Concluindo, embora a ordem coativa produza algumas características louváveis como é o caso da paz, justiça e harmonia, não significa a existência de um Estado.

Ainda, legitimam a existência de Direito conquanto ordem de conduta humana e coativa em determinada comunidade à medida que norteiam atos positivos e negativos dos indivíduos com a aplicação de sanções decorrentes.

Há Direito constituído, embora nesta mesma comunidade, não haja a figura do Estado.

2.2 Permissão à Liberdade

Sob a ótica da normatividade, a conduta humana é disciplina basicamente pela assunção de sanção positiva ou negativa, ou seja, uma ação determinada do indivíduo com uma prescrição do que deve ser feito e de outro lado com a omissão de determinado ato.

Entretanto, a conduta humana também é regulada de forma positiva quando o indivíduo recebe do poder normativo o poder para produzir, através de sua atuação, determinadas consequências que pelo mesmo ordenamento foram normadas, quer tenha sido regulamento ou não pelo regramento.

Na ordem jurídica é conferido aos indivíduos a conduta humana atribuída ao exercício de liberdade.

O raciocínio é de que o Direito como regulador da conduta humana na medida que não liga ato de coerção a determinada conduta e nem prescreve conduta oposita convida a lógica de que tudo quanto não é proibido é permitido.

Porque a ordem jurídica não proíbe determinada conduta, no sentido negativo, o indivíduo é juridicamente livre.

No entanto uma nota merece ser destacada: ainda que a liberdade do indivíduo se assente de que sua conduta não é proibida, sendo portanto o exercício da liberdade sua maior riqueza, ao outro indivíduo em igual situação de liberdade poderá trazer-lhe conflitos, dado que o mesmo sentido negativo, ou seja, de ausência de proibição na conduta foi hipoteticamente concedido aos dois indivíduos²³.

Ou seja a ordem jurídica, embora tenha em seu escopo permitir ou proibir determinadas condutas, não o pode tampouco o quer impedir todos os conflitos possíveis. De fato a ordem jurídica pode limitar em partes a liberdade dos indivíduos, mas sempre garante o mínimo de liberdade.

E nesta liberdade consentida pela ordem jurídica é que se situa a autonomia.

2.3 Onde se situa a autonomia

Sob a perspectiva do positivismo jurídico kelseniano, o debate onde se situa a autonomia privada ganha contornos interessantes.

Antes mesmo de qualquer indicativo sobre a evolução e os conceitos sobre a autonomia da vontade, é valioso o entendimento de que, embora a heteronomia e patente contradição entre a autodeterminação e vinculação, emprestamos o seguinte trecho da Teria Pura do Direito:

“A contradição ganha a sua expressão mais aparente no fato de o sentido do Direito objetivo ser definido como uma norma heterônoma que é a vinculação, coação mesmo, enquanto que se declara como essência da sub-

²³ Assim, pode, por exemplo, não ser proibido que o proprietário de uma casa faça uma abertura numa parede no limite de sua propriedade e aí instale um ventilador. Mas também, pode, ao mesmo tempo, não ser proibido que o proprietário do terreno adjacente construa neste uma casa de que uma das paredes fique colada à parede da casa do vizinho provida da abertura de ventilação, por forma a malograr-se o uso do ventilador. Nesse caso é permitido a um impedir o que ao outro é permitido fazer, a saber, introduzir ar num aposento da sua casa por meio de um ventilador. KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 3ª tiragem. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.36.

jetividade jurídica precisamente a negação de todo vínculo, a saber, a liberdade no sentido de autodeterminação ou autonomia²⁴.”

Em vista de que a ordem jurídica transmite a permissão de considerar que a autonomia é fonte de Direito, cujo conceito kelseniano é a liberdade que os indivíduos possuem para se vinculem considerando as próprias determinações mantidas entre si, nos parece claro que, embora seja lícito falar em autodeterminação esta só ocorre no âmbito do Direito Privado e num sentido muito limitado e impróprio.

Portanto é na esfera jurídico-negocial que se situa a autonomia privada, já que é no Direito Privado que se tem uma relação igualitária entre sujeitos, cuja típica relação é o negócio jurídico pelo instrumento do contrato.

3 A Modernização Da Autonomia

3.1 Conceito

Inicialmente, do ponto de vista etimológico, conforme dito pelo professor Otávio Luiz Rodrigues Jr.²⁵, o termo autonomia, como conhecemos, resulta da conjunção de duas palavras gregas, notadamente a palavra *autós*, que traz a ideia de si mesmo, condição peculiar e inerente a um ser, com a palavra *nomói*, significando norma, ou regra.

Assim, tratar-se-ia de um termo designativo de “lei-própria”. Todavia, o professor ressalta que a palavra autonomia ingressou no vernáculo português por influência da palavra francesa *autonomie*, passando então a significar independência, liberdade, auto-regulamentação de conduta, autogoverno, etc.

Orlando Gomes assim define que a noção de autonomia privada na modernidade foi responsável pela reelaboração da teoria do negócio jurídico.

O ilustre doutrinador define a autonomia privada como o poder atribuído à vontade individual de partejar relações jurídicas concretas, admitidas, previstas, reguladas *in abstracto* na lei²⁶.

²⁴ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 3ª tiragem. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.119.

²⁵ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da Vontade, Autonomia Privada e Autodeterminação. Notas sobre a Evolução de um Conceito na Modernidade e na Pós-Modernidade. Revista de Informação Legislativa. a. 41 n. 163 p. 113-130. Brasília. Senado Federal, jul. – set. 2004.

²⁶ GOMES, ORLANDO. Novos Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 81.

Para Emílio Betti, a autonomia significa autoridade e *potestas* de auto-regulamentação dos próprios interesses e relações, exercidas pelo próprio titular dos interesses.

O festejado autor reconhecia que a autonomia poderia ser reconhecida pela ordem jurídica com funções distintas conforme a fonte de direito público ou privado²⁷.

Já Roxana Borges e Emanuel Vasconcellos²⁸, citando a definição de Luigi Ferri, definem autonomia como “a manifestação de poder, e, precisamente, do poder de criar, dentro dos limites estabelecidos pela lei, normas jurídicas.”

3.2 Evolução Histórica

Desde a antiguidade há constante tensão entre liberdade e opressão, direito e força, embora cediço que a autonomia “permeou épocas em que resplandeceu o humanismo e a valorização daquilo que é próprio dos homens”.

Com o início de uma visão de justiça, legitimidade e contratualismo no meio social, surgem às afirmações da liberdade no plano individual e social, sendo a vontade o elemento essencial para a criação das leis, sendo o querer humano expressão última de autogoverno.

Nesse contexto, então, ocorreu a aproximação da ideia de autonomia com a vontade, fomentado pela alteração de Estado Medieval para o Estado Liberal com drásticas alterações no fenômeno social, especialmente com o desenvolvimento econômico, através da circulação de riquezas (mercantilismo), modelo pelo qual ocorriam os negócios jurídicos, necessários à época para o completo desenvolvimento do modelo liberal econômico. E nesta toada, dá-se que a burguesia se torna emergente com amplo domínio das relações comerciais. Em resumo, a sociedade passa pelo fenômeno da contratu-

²⁷ Pode ser reconhecida pela ordem jurídica com duas funções distintas e diversas conforme a fonte seja pública ou privada: (a) como fonte de normas jurídicas, destinadas a fazer parte integrante da própria ordem jurídica que a reconhece, precisamente como fonte de direito subordinada e independente; (b) como pressuposto e causa geradora de relações jurídicas já disciplinadas, em abstrato e em geral, pelas normas dessa ordem jurídica. A primeira seria a autonomia pública e a segunda, reconhecida pela ordem jurídica no campo do direito privado é a autonomia privada. BETTI, Emilio. Teoria Geral do Negócio Jurídico. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, t.I, p.71.

²⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; VASCONCELLOS, Emanuel Lins Freire. Igualdade substancial e autonomia provada no Código Civil brasileiro de 2002. III Encontro de Internacionalização do CONPEDI – MADRID. vol. 8 p. 18 – 41.

alização, catalisada pela vontade como fonte de direitos exteriorizada através do contrato.

De igual modo os ideais de igualdade e liberdade, marcadamente advindos da Revolução Francesa proporcionam uma evolução do pensamento jus-filosófico tornando a autonomia da vontade um princípio do direito e fonte das relações jurídicas.

“O Professor Junqueira contextualiza a situação da época com a seguinte declaração: “A autonomia qualificada apenas como um produto da vontade, revelou-se uma derivação reducionista do individualismo, esquecendo o substrato humanista que lhe deveria permear²⁹”.

Nota-se que até o início do século XIX as relações privadas através da autonomia individualista consubstanciada no elemento vontade não comportava maiores problemas.

No entanto, embora algumas desigualdades, os juristas continuavam apegados à ideia de autonomia da vontade, nem tanto por conservadorismo, mais por força do modelo tradicional do contrato, que se traduzia na prática.

No início do século XX a alteração social é drástica. A Revolução Industrial nesta época transforma o movimento mercantil pela tecnologia na produção de bens de consumo. O surgimento da terminologia Autonomia Privada credita-se a duas evoluções: a) a urbanização e b) concentração capitalista. Tais fenômenos resultaram na massificação de cidades e consequentemente das relações contratuais que passaram a ser regidas em mecanismo seriado de relações.

Ademais, crê-se que a devastação ocasionada pelas duas grandes guerras e a necessidade de recuperação da produção em escala incrivelmente superior a de costume trouxeram a necessidade de transformação, massificação a mercantilização. As pessoas não contratavam como antes, as negociações individuais deram lugar aos negócios jurídicos *standardizados*, pré-fabricados.

Toda essa corrente mexe com a principiologia da Autonomia, cujo centro desloca-se da vontade dos contratantes para o bem-estar social de onde decorre intervenções econômicas nas relações privadas, inaugurando o conceito de Autonomia Privada.

²⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. In: DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco. Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 1989.

Têm-se como registro da época, apenas o Apenas no Código Alemão (BGB), que, embora de forte influência liberal, trouxe em sua estrutura as cláusulas gerais que propiciou a adaptação do direito privado às transformações ocorridas, começando a tomar rumos diferenciados, provavelmente estimulados pela exigência da Alemanha recém-unificada que propunha contraposição ao ideal no Código de Napoleão.

Cite-se que nesta mesma época de transformações há a defesa do teórico Karl Larenz que relativizou o dogma da vontade através de sua teoria da base objetiva do negócio jurídico, afirmando que a obrigatoriedade dos pactos dependeria da previsível manutenção das circunstâncias econômicas (objetivas) da formação até a extinção do contrato.

3.3 A Autonomia Privada

Na seara da autonomia privada a compreensão das teorias sobre o negócio jurídico³⁰ são imprescindíveis para nortear a conceituação do instituto à luz do enfoque que a modernidade traz.

Segundo Custódio Miranda³¹, de Savigny através de seu grande esforço em produzir uma notável formulação da teoria da vontade, foi iniciado duas grandes correntes sobre o conceito de negócio jurídico: (a) os voluntaristas³² e (b) os declarativistas³³. Os primeiros enfatizavam a vontade como elemento mais importante do negócio jurídico ao passo que os declarativistas criam na declaração como elemento mais importante.

³⁰ A manifestação precípua desta autonomia é o negócio jurídico, o qual, precisamente, é concebida como um ato de autonomia privada, a que o direito liga o nascimento, a modificação ou a extinção das relações jurídicas entre particulares. BETTI, Emílio. Teoria Geral do Negócio Jurídico. Coimbra. Coimbra Editora, 1969, Tomo I, pp.97-98.

Não há dúvida que o ordenamento reconhece o negócio jurídico como instrumento do exercício de autonomia privada, o que quer dizer que as partes têm, em princípio, ampla liberdade para regular os próprios interesses da maneira que mais e melhor lhes convenha, no sentido de que podem criar as formas negociais as mais diversas, até mesmo as atípicas, isto é, não só as que resultem de combinação de tipos legais, mas também as que sejam apenas socialmente típicas, sem qualquer modelo preconcebido na lei, e até mesmo as socialmente atípicas. p.53.

³¹ MIRANDA, Custódio da Piedade. Autonomia Privada: Conceito, Atuação e Limites. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, 2003. p.53.

³² Savigny, Ennecerus, Zittelman.

³³ Röver, Saleilles

De outro lado haveria ainda os objetivistas que esclareciam que o negócio jurídico antes de se tornar declaração de vontade era um sollen, dever-ser³⁴.

Especialmente na corrente dos objetivistas é que o direito positivo se encaixa, destilando em duas correntes majoritárias sobre o assunto: a) a Teoria Normativista e b) a Teoria Preceptiva.

A primeira, encabeçada por Hans Kelsen compreende que o negócio jurídico é fonte de produção de verdade norma jurídica³⁵, desde que de acordo com a sua fonte de validade – a Norma Fundamental, seja no processo de formação ou na obediência material a seus preceitos.

Nesta teoria, a autonomia privada é aquele poder concedido aos particulares pela ordem jurídica numa verdadeira delegação de competência normativa para emitirem normas jurídicas³⁶.

De outro lado temos a teoria Preceptiva vem com lições de que a Autonomia Privada é anterior a qualquer ordenamento jurídico organizado.

Em outras palavras, significa dizer que na teoria preceptiva, o negócio jurídico constitui um comando concreto ao qual o ordenamento jurídico reconhece sua eficácia vinculante.

A título exemplificativo, narra-se a estória da Tribo de Tegazza que trocavam Ouro por Sal, porque tinham plena consciência da vinculatividade que as

³⁴ MIRANDA, Custódio da Piedade. Interpretação e Integração dos Negócios Jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, pp.26 e stes.

³⁵ Na medida em que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como fato produtor de Direito, confere aos indivíduos que lhes estão subordinados o poder de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais por via legislativa ou consuetudinária, através de normas criadas pela via jurídico-negocial. KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 3ª tiragem. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.119.

³⁶ A autonomia privada constitui-se, portanto, no âmbito do Direito Privado, em uma esfera de atuação jurídica, mais propriamente um espaço de atuação que lhe é concedido pelo Direito Imperativo, o ordenamento estatal, que permite, assim, aos particulares, a auto-regulamentação de sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se desse modo, e nessas condições, legisladores sobre sua matéria jurídica, criando normas vinculadas, de eficácia reconhecida pelo Estado. AMARAL, Francisco dos Santos. A Autonomia Privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. Doutrinas essenciais de Responsabilidade Civil. Vol.1, p.117. Out/2011. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.117-118.

obrigava por si só sem a necessidade de consultar ordem jurídica estabelecida.

Para tanto, a teoria preceptiva é fortemente atacada, rechaçando a ideia de que as disposições firmadas em um negócio jurídico entre particulares, detém força de ordem normativa, cujo descumprimento geraria sanção³⁷.

Superadas as duas teorias tradicionais, há tentativa de acondicionar a autonomia privada frente ao negócio jurídico na pós-modernidade, realizada por intermédio da imensa contribuição do Professor Antonio Junqueira de Azevedo que acredita que a definição acerta só pode ser encontrada através de um ponto de vista estrutural.

E assim ensina em sua mais famosa obra:

“Não se trata, aqui, de verificar quais os fatos, que *in concreto* são, o não, atos de vontade, mas sim verificar se, pela estrutura normativa, se toma ou não, em consideração a existência do que socialmente se vê como ato ou manifestação de vontade³⁸.”

O Professor Junqueira admite que como categoria, o negócio jurídico não é simples fato, ele é uma declaração de vontade cercado de circunstâncias negociais que determina com que ela seja vista socialmente como destinada a produzir efeitos jurídicos³⁹.

E ainda continua em sua lição:

“O ordenamento jurídico procura tomar a declaração de vontade como hipótese normativa (hipótese legal) dessa espécie de fato jurídico, que é o negócio jurídico. Por isso mesmo, num contrato, por exemplo, não há, como às vezes se diz, duas ou mais declarações de vontade; há, nele, mais de uma vontade e mais de uma manifestação de vontade, mas essas manifestações se unificam na

³⁷ A transformação do negócio em norma jurídica concreta é artificial, na medida em que a expressão “norma jurídica” implica sempre num jubere [a ideia norma jurídica concreta pode ser aceita, mas acreditamos que, como tal, somente se pode entender a sentença judicial, ou outro ato equivalente, no qual o agente se coloca super partes, nunca o negócio jurídico, que é inter partes] que o negócio jurídico não possui. AZEVEDO, Antonio Junqueira. Negócio Jurídico Existência, Validade e Eficácia. São Paulo: 1974, p.16.

³⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira. Negócio Jurídico Existência, Validade e Eficácia. São Paulo: 1974, p.20.

³⁹ O negócio jurídico não é por outras palavras, uma simples manifestação de vontade, mas uma manifestação de vontade qualificada, ou uma declaração de vontade. AZEVEDO, Antonio Junqueira. Negócio Jurídico Existência, Validade e Eficácia. São Paulo: 1974, p.21.

visão social de uma só declaração, que juridicamente será um só fato jurídico.⁴⁰

Portanto, na visão do saudoso mestre que não deseja repudiar integralmente a teoria voluntarista, assim define o negócio jurídico, sob uma perspectiva estrutural, como um ato que socialmente é visto como ato de vontade destinado a produzir efeitos jurídicos.⁴¹

E pela aceitação da teoria de que se trata de uma declaração de vontade também socialmente aceita afim de produzir efeitos jurídicos entre as partes é que a autonomia privada no estado pós-moderno passa a gozar de conceituação diversa àquela anteriormente vista pela doutrina tradicional, especialmente quanto as limitações a ela impostas pela importação da heteronomia e igualdade substancial que veremos a seguir.

3.3.1. Os limites à autonomia privada

Se de um lado havia conferência absoluta do brocardo *pacta sunt servanda* é cediço que com o estado do bem-estar social tal princípio está em submissão a uma limitação imposta pelo Estado no exercício da autonomia privada.

Esta lógica advinda do Estado liberal com o qual inclusive trazia à baila o dogma da vontade como objeto intocável, assentava-se numa ideia de igualdade-liberdade, objeto da Revolução Francesa.

O raciocínio para admissão do conceito é simples. Se era embandeirado a igualdade, ainda que formal das partes para a celebração de um pacto, não comportava ao Estado alterar as situações que o dito “mercado invisível” na atividade econômica havia criado à medida que os sujeitos eram considerados livres e iguais.

No entanto e sob a construção doutrinária alemã, o dogma da vontade foi relativizado à medida que houve atenção de que a base objetiva do negócio jurídico passou a sofrer pequenas rupturas na essência do objeto que se pretendia negociar. Em outras palavras, a obrigatoriedade foi relativizada

⁴⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira. Negócio Jurídico Existência, Validade e Eficácia. São Paulo: 1974, p.22.

⁴¹ A perspectiva muda inteiramente, já que de psicológica, passa a social. O negócio não é o que o agente quer, e sim, o que a sociedade vê como a declaração de vontade do agente. Deixa-se, pois, de examinar o negócio através da ótica estreita do seu autor e, alargando-se extraordinariamente o campo de visão, passa-se a fazer o exame pelo prisma social e mais propriamente jurídico. AZEVEDO, Antonio Junqueira. Negócio Jurídico Existência, Validade e Eficácia. São Paulo: 1974, p.22.

para que a ideia de igualdade acompanhasse as circunstâncias econômicas, ou substanciais do negócio jurídico firmado.

Essa ausência de paridade entre os sujeitos trouxe certo cinismo nas relações que embora presumíveis como iguais, em sua substância oprimiam o economicamente mais fraco.

Nesta circunstância o Estado traz à tona a necessidade de limitar a autonomia privada, na expectativa de proteger o hipossuficiente, no ideal de um Estado protetor de todos, inclusive dos que não merecem⁴².

Então, tem-se que nos tempos atuais, a intervenção do Estado na ordem normativa dá-se pelo paralelismo da autonomia privada e a heteronomia da vontade, coexistindo as duas fontes antagônicas.

No Brasil, importa dizer que a preocupação com o pleno desenvolvimento da personalidade traz uma espécie de escala de intensidade da autonomia privada, admitindo o exercício desta quanto mais próxima estiver de interesses meramente patrimoniais⁴³.

Essa busca de proteção a justiça, para que se evite abusos é que a autonomia privada tem sido mitigada pela colisão com Direitos fundamentais⁴⁴.

⁴² Limitações a essa autonomia crescem em razão do tratamento da propriedade como função social, da concentração de capitais e especialmente da crescente intervenção do Estado na vida econômica. GOMES, Orlando. *Novos Temas de Direito Civil. Autonomia Privada e Negócio Jurídico*. cap. 6. p. 77 – 89. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983. P.83.

⁴³ A liberdade de contratar jamais teve proteção constitucional direta; sempre foi reflexa, através da garantia à iniciativa econômica. Entre nós, a Constituição assegura expressamente a liberdade da iniciativa (art.160, I), colocando-a entre os princípios básicos da ordem econômica e social. Sabido que entre iniciativa econômica e autonomia privada há uma clara relação de instrumentalidade, não se pode duvidar da proteção constitucional da liberdade de contratar em todas as suas manifestações, mas do mesmo passo, encontram-se na própria Constituição limites negativos e positivos ao seu exercício, na prática de negócios jurídicos que contrariem o interesse geral ou os fins sociais da atividade econômica, podendo o Estado, inclusive, subtrair à iniciativa econômica privada, desde que o faça através de uma lei, determinado setor da economia. GOMES, Orlando. *Novos Temas de Direito Civil. Autonomia Privada e Negócio Jurídico*. cap. 6. p. 77 – 89. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983. P.83.

⁴⁴ A socialização do contrato consiste nesta importância que o legislador e o constituinte conferiram aos reflexos sociais do vínculo obrigacional. Não se trata de socialismo se sobrepondo ao capitalismo, mas à condição de que os contratos possam cumprir sua função individual ou interpartes desde que isso não ocorra em detrimento dos direitos de terceiros, representados pela coletividade. O princípio da função social do contrato inclui os que sempre estiveram à margem das contratações, triangulando a relação jurídica contratual. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro;

3.3.2 Colisão entre Autonomia Privada e Direitos Fundamentais

Com a difusão do pensamento de Direito Civil Constitucional, fortalece-se a ideia de que as normas constitucionais teriam caráter transformador, constituindo fundamento conjunto de toda a disciplina infraconstitucional.

Esse movimento de constitucionalização do Direito Civil atualmente gera o debate sobre a eficácia da norma constitucional e seus efeitos nas relações de direito privado, que em alguns casos mitiga (como vimos) e em outros exclui a autonomia privada⁴⁵.

Os autores Roxana Borges e Emanuel Vasconcellos, confirma a prevalência da tese de vinculação direta dos particulares aos direitos constitucionais, trazendo ao legislador a árdua tarefa de conciliar direitos fundamentais com a autonomia privada, que embora tenha intenção louvável de atribuir igualdade substancial as partes, de outro lado vê-se a aplicação indiscriminada de princípios constitucionais apartadas dos critérios próprios que o Direito Privado possui, cuja dissociação do sistema de direito privado gera arbitrariedades do parte do aplicador⁴⁶.

A clássica dicotomia entre Direito Público e Direito Privado passa a ter novos rumos, já que em razão da proteção do hipossuficiente, da orientação de bem-estar social, cada vez mais há intervenção e dirigismo estatal sobre os contratos, os negócios jurídicos, atingindo os domínios da autonomia privada⁴⁷.

VASCONCELLOS, Emanuel Lins Freire. Igualdade substancial e autonomia provada no Código Civil brasileiro de 2002. III Encontro de Internacionalização do CONPEDI – MADRID. vol. 8 p. 18 – 41.

⁴⁵ Por isso, possíveis correções na autonomia privada ou na liberdade contratual não negam tais conceitos, adaptam-nos aos novos contextos que servem de base à realização do contrato. O intervencionismo público através da lei ou da revisão judicial, não fere a autonomia, apenas a corrige e a mantém dentro dos limites do ordenamento jurídico. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; VASCONCELLOS, Emanuel Lins Freire. Igualdade substancial e autonomia provada no Código Civil brasileiro de 2002. III Encontro de Internacionalização do CONPEDI – MADRID. vol. 8 p. 18 – 41.

⁴⁶ MEDINA, Francisco Sabadin. Anwendung und Auslegung von Recht in Portugal und Brasilien – Eine rechtsvergleichende Untersuchung aus genetischer, funktionaler und postmoderner Perspektive – Zugleich ein Plädoyer für mehr Savigny und weniger Jhering, de Benjamin Herzog. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 7. ano 3. p. 393- 412. São Paulo: Ed. RT, abr. – jun. 2016

⁴⁷ O novo modelo rompe com as estruturas jurídicas da economia de mercado e anula a distinção entre o direito público e o direito privado. Mutações técnicas bastante significativas revelam a decadência da ordem privada e atestam a implantação de um sistema misto

Mas ao que parece nem tudo está perdido para a continuidade do direito privado como fonte de atribuição de igualdade substancial.

O Código Civil de 2002, ainda que de forma tímida, apresenta dispositivos hábeis à concretizar a aludida igualdade, numa tentativa de coibir que ardilosamente as correntes doutrinárias apliquem a constituição vertiginosamente numa clara tentativa de valorizar excessivamente a constitucionalização do Direito.

4 Recepção da Autonomia Privada

De igual importância a análise da recepção da autonomia privada em sistemas jurídicos alienígenas prova que o conceito não é estático e amolda-se em acordo à recepção do ordenamento jurídico. O Professor Dário Moura Vicente⁴⁸ descreve a predominância da tradição da Civil Law no princípio da autonomia privada. É ele mesmo quem dá o tom na citação abaixo:

“O significado de autônoma privada varia, sempre variou e continuará muito provavelmente a variar no tempo e no espaço, não obstante todos os esforços envidados, aos mais diversos níveis, no sentido de unificar o Direito dos Contratos”, uma vez que, tal diversidade de significados, “é uma consequência inelutável da natureza cultural do Direito....e da intrínseca variabilidade de todas as manifestações de cultura humana⁴⁹.”

A autonomia privada se instrumentaliza através dos contratos e nos contratos, com importante conexão com os fenômenos econômicos mundiais, que clamam por uma universalização de princípios fundamentais nas relações mercadológicas.

Inclusive essa busca pela harmonização tem inclinado acadêmicos a profundidade de estudos diante dos imponderáveis dos Estados para vislumbrar como a autonomia privada se aperfeiçoa no ordenamento jurídico interno.

De forma sucinta temos dois grandes blocos onde a autonomia privada goza de efeitos distintos, o bloco da Civil Law e o da Common Law.

na qual o Estado, do mesmo passo que se arvora a comandante da economia se nivela ao participar para exercer atividades econômicas. GOMES, Orlando. Novos Temas de Direito Civil. Autonomia Privada e Negócio Jurídico. cap. 6. p. 77 – 89. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983. P.83.

⁴⁸ VICENTE, Dário Moura. A autonomia privada e os seus diferentes significados à luz do direito comparado. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 8. p. 275 – 302, jul. – set. 2016

⁴⁹ Idem

O sistema da Common Law aceita a autonomia privada de forma ampla, embora haja certa intervenção Estatal com a imposição de limites ao exercício amplo da autonomia privada.

Já na autonomia privada na Common Law, destaca-se os ideais econômico-liberais cujo constrangimento da autonomia privada desfavorece um adequado equilíbrio de interesses das partes no contrato.

Nota-se, em rápida análise a autonomia privada atinge na common Law certa consagração pelo respeito ao princípio, sem entraves.

Para concluir essa análise receptiva separamos alguns exemplos de ordenamentos estrangeiros para compreensão.

4.1 Chineses

O Direito chinês apresenta diferenças significativas com relação ao Direito Ocidental no tocante ao conceito de Autonomia Privada, produto da liberdade. A ideia contratual remete ao pensamento de Confúcio, adverso à liberdade. Nos princípios gerais de Direito Civil da República Popular da China nota-se a consagração do princípio da autonomia da vontade.

Na evolução chinesa para o método socialista de mercado, houve a promulgação de uma Lei dos Contratos em 1999. Essa legislação em seu artigo 4º assim dispõe sobre a Autonomia Privada:

“Uma parte tem o direito de celebrar um contrato voluntariamente ao abrigo da lei e nenhuma entidade ou indivíduo pode interferir ilicitamente com esse direito”.

Contudo, essa liberdade é limitada, à medida que a interpretação da norma traz a conclusão de que: a) A autonomia restringe-se a faculdade de concluir ou não o contrato quando na época de propostas; b) Não é possível a seleção do parceiro contratual; c) Não é possível a estipulação de conteúdo; d) Não é possível a modificação ou cessão clausulares e, e) A forma é prescrita em lei, impede-se forma atípica.

Embora haja consagração legal da autonomia privada, há dispositivo legal que determina a nulidade do contrato que estabeleça cláusulas ou acordo de vontades que violem os planos imperativos do Estado. No Direito Chinês, a conclusão é que embora a recepção das noções ocidentais e fundamentais da autonomia privada a China mantém tradição Confucionista, avessa a ampla autonomia privada.

4.2 Árabes

Um outro ordenamento jurídico que merece destaque como contraponto a Autonomia Privada dos ocidentais são os países de matriz muçulma-

na, com forte ideal religioso sob a autonomia privada. Em princípio não há liberdade contratual, ao passo que as relações negociais derivam das Escolas Zahirita e Hanifita numa espécie de tipicidade dos contratos; mesmo nos tipos contratuais, existem restrições à liberdade relativas aos bens que podem ser transacionados.

Embora haja indicação pelo cumprimento do pacto, o conteúdo deverá guardar relação com a prática de moral e justiça sugeridas pelo livro sagrado. Um exemplo é a vedação a cobrança de usura. Os países com origem em Abraão conservam em seus costumes a atribuição de falta contra o divino à cobrança de juros do seu semelhante.

5. Casuística

5.1 Os Aplicativos eletrônicos e a Autonomia Privada

Na expectativa de contribuir com o estudo da autonomia privada sobre a relação entre redes sociais, passa-se a expor um caso polêmico que contou com decisões divergentes na aplicação da heteronomia, igualdade substancial e autonomia privada.

No ano de 2013, dois autores de gênero masculino ingressaram com pedido de Indenização por Danos Morais contra as empresas Facebook e Luluvis sob a alegação de que os seus dados e imagens foram compartilhados sem consentimento⁵⁰.

A celeuma deu-se porque a empresa Luluvis criou um aplicativo que permitia a usuárias do sexo feminino avaliarem os atributos físicos do gênero masculino e com isso redigirem em campo específico os mais variados comentários.

As ações foram ajuizadas nos estados de São Paulo e Rio Grande do Sul. A interpretação sobre os limites da Autonomia Privada foram diversos em razão da estrutura de fundamentação dos acórdãos.

Sob o compromisso de irrestrita honestidade acadêmica, foram adotadas as seguintes premissas: a) colegialidade das decisões e b) similaridade de Instâncias a que chegaram os processos.

Não obstante a tais premissas, os Julgados analisados convergem de forma uníssona de que a declaração normativa geral é o Código de Defesa do Consumidor.

⁵⁰ Processo TJSP 0158308-71.2016.8.21.7000

No entanto, embora de rigor técnico quanto a analisar os julgados, têm-se divergências interpretativas quanto ao exercício da Autonomia Privada e as limitações frente aos direitos de personalidade.

O Tribunal de Justiça de São Paulo julgou procedente a demanda em favor do autor, interpretando que o Termos e Condições de Uso do aplicativo não autorizam, sob qualquer hipótese o achincalhar dos direitos da personalidade inerentes ao indivíduo inserido em ordem coativa, nem mesmo a autonomia privada ou ainda, o direito de auto-regulamentação do autor em colocar-se a si próprio sob objeto de escárnio.

Na fonte consumerista (CDC) foram utilizadas três premissas para a fundamentação da decisão. A primeira, imputou responsabilidade pelo dever de indenizar ao Facebook e ao Luluvis, em virtude da relação de consumo mantida (in)diretamente com o ofendido; a segunda anota pela insuficiência ou inadequação de informações sob o risco que o usuário submeter-se-ia em caso de aceite dos Termos de Uso e também quanto a divulgação de seu material virtual, dados, imagens e informações; e a terceira cuja afirmação é de que o contrato eletrônico firmado entre usuário e plataforma de rede social Facebook é meramente de adesão.

Nota-se que os três argumentos utilizados para a composição da decisão judicial são harmônicos pela fonte utilizada para o julgamento (Código de Defesa do Consumidor), cuja fundamentação nos parece equilibrada.

O Magistrado compreendeu a subordinação da Autonomia Privada frente aos direitos inatos do homem.

Curiosamente, o Tribunal Gaúcho, anote-se, fundamentado na mesma fonte do Tribunal Paulista, utilizou a autonomia privada indistintamente aos direitos inatos do homem.

Na estrutura decisória, diferentemente do que ocorreu com o Tribunal Paulista, a Justiça do Rio Grande do Sul assim definiu pela improcedência ao considerar que, em primeiro lugar, não houve comprovação do compartilhamento de que o aplicativo Facebook divulgaria as imagens para o aplicativo Luluvis, em segundo plano de que houve o consentimento do autor quanto aos termos de uso do aplicativo Facebook, e em terceiro e último plano de que não há qualquer comprovação documental de que Facebook e Luluvis gozam de parceria empresarial.

Sob a análise dogmática da autonomia privada, vê-se que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul adotou o primado do dogma da vontade, em descompasso com a modernização da autonomia privada, que legitima prevalência de heteronomia e igualdade substancial entre as partes.

O bojo da análise é a divergência interpretativa a respeito da Autonomia Privada, à medida que nos parece desigual condicionar o usuário a ter de apresentar provas de relação empresarial e que o consentimento não foi meramente aderente ao termo eletrônico que surge na tela do computador quando do ingresso no aplicativo.

Também, nota-se que o Tribunal Gaúcho desconsiderou interpretação à luz da função econômico-social do contrato, aplicando o dogma da autonomia da vontade em contrariedade a lógica jurídico-constitucional.

Assim, a constatação do Tribunal Gaúcho que deu prevalência da autonomia privada sobre os direitos à personalidade, notadamente constitucionais, traz à baila se a aplicação dos efeitos da heteronomia sobre a autonomia privada servem conquanto o judiciário queira; se haveria mecanismos de coerção para que a moderna estrutura e os limites da autonomia privada recebessem amparo frente aos ataques ferozes como a polêmica decisão analisada que desconsiderou análise dogmática sobre o assunto.

Conclusão

Numa paráfrase, emprestada do filósofo Jean Paul Sartre assim definimos que o homem está condenado a ser livre e toda a sua existência decorre desta condição.

Um outro dado na filosofia Sartriana é a doutrina da ação, colocando o compromisso como fator indispensável para a existência humana, uma vez que, sem compromisso não há projeto de ser e sem projeto de ser o homem torna-se capaz de conferir qualquer sentido à existência⁵¹.

Em outras palavras o próprio exercício da existência é o da liberdade. No entanto, ao admitir a Teoria Pura do Direito, encontramos um ser humano necessariamente vinculado a uma ordem coativa, que repreende a liberdade total em troca de proteção ao indivíduo e organização dos semelhantes à uma expectativa que chamamos Estado, ou como Kelsen repreende: O Estado de Direito.

Nessa compreensão do instituto e indo mais adiante admitiu-se que aos indivíduos pertencentes a determinada comunidade jurídica, certa liberdade para

⁵¹ SARTE, Jean-Paul. O existencialismo é um humanismo. Disponível em: <http://colunastortas.com.br/a-liberdade-em-jean-paul-sartre-responsabilidade-angustia-e-ma-fe>. Acesso em: 03/06/2018.

a realização de certos negócios jurídicos, numa espécie de janela, aperitivo de liberdade, chamado de Autonomia da Vontade, evoluída em Autonomia Privada.

Na ausência de oferecimento de ampla liberdade, louvada pelos homens, mas inadmitida pelo Estado que os próprios homens originaram através das condutas, não é menos importante esclarecer que o Estado furtou liberdades autônomas, sob o pretexto da proteção fundamental, mas que na contemporaneidade indenizam os indivíduos através de um precatório travestido de autonomia privada.

As lições sobre Estado Direito e Normatividade não caem no desuso em tempos de publicização de Direito Privado. Isto porque, na medida em que declaram a morte do contrato pela observância de um suposto Estado que promulga bem-estar social, evidentemente a territorialidade transmuta-se a passos largos para outros hemisférios que não se controlam com fronteiras ou embargos militares entre Estados.

Na rede mundial de computadores, que conhecemos como Internet, os fenômenos ultrapassam os alicerces do Direito Clássico e desafiam os acadêmicos na captura dos fenômenos sociais e apreensão à lume da norma jurídica.

Embora o positivismo receba as glórias passadas pela certificação do valor e eficácia das normas sem a atribuição de juízos de valor tais como justiça, ética, e religião; conservando os limites territoriais, populacionais e de poder em cada comunidade jurídica, mostra-se necessária a reavaliação para o aumento do movimento envolvendo o dever-ser através de relações intimamente privadas, a saber os negócios jurídicos celebrados em tempo de descentralização territorial como é o caso das redes sociais.

Que a autonomia privada já corria risco em seu desaparecimento antes do início da Internet, muitos autores assim já inclinavam esforços.

Do mesmo modo, é inconteste que os movimentos políticos, especialmente os populistas, estranhos ao positivismo jurídico, transformaram a sociedade, cuja norma é demorada a emitir um parecer, que de outro lado, de forma quase cínica, pregam a troca da autonomia pela heteronomia, sem cálculo da contingência que a substituição acarretará as gerações futuras.

E não só isso. Embora a consagração da eficácia horizontal constitucional, que com suas novas receitas, apelam ao interesse social em vez de proteger a autonomia conquistada grava-nos nova paráfrase, desta vez do Chico, o Buarque, que em outras circunstâncias assim declamou:

“...Quando chegar o momento esse meu sofrimento vou cobrar com juros, juro, todo esse amor reprimido, esse grito contido, este samba no escuro...”⁵²

Concluindo, temos que a mitigação da autonomia privada oferece riscos incalculáveis porque há transferência de poder dado a cada indivíduo, fruto da liberdade vigiada do próprio Estado, para uma inacreditável publicização, diga-se, distópica, de que os olhos do suserano (Estado) tudo controla, inclusive diminuindo o poder dos indivíduos de declarar vontades distantes da territorialidade.

Quer parecer, em resumida análise, que a construção de legislações estaduais, emanada de conceito retrógrado, proveniente do Estado de essência relativamente centralizadora, pouco protegerá indivíduos do “bando de salteadores” que é o ambiente virtual.

Estes “piratas”, isto é, os ambientes virtuais não reconhecem o Estado como ordem coativa, ainda que internacional, porque suas almas são programadas em certo anarquismo, avessos às ordens coativas e estandardizadas por um controle centralizado.

Ao que tudo indica, o respeito dos libertários, na zona cinzenta que é a Internet, é por uma democratização do poder, isto é, respeito há quando o indivíduo movido em sua vontade, declara mediante escolha livre os negócios jurídicos que pretende contratar, seja adesivo ou não, nada mais.

Em síntese, o resgate da autonomia privada se faz necessário, desde que em conceito clássico; que este resgate também revalide a crença positivista de que a norma fundamental, devolve aos indivíduos parte de sua liberdade, e que citada devolução devolva-lhes o poder de criar, extinguir e modificar direitos, sem ressalvas travestidas de bem-estar social.

Em última linha: pensamos, salvo melhor juízo, que em se tratando de ambientes virtuais, melhor é a preservação do direito de contratar do que a heteronomia, dado que não há qualquer compromisso territorial do Estado, pela própria impossibilidade de fazê-lo no ambiente virtualizado.

ALVAREZ, F. O. de C. R., The Kelsen Trinomy: State, Rights and Rules. *Justitia*, São Paulo, v. 209/210/211/212, p. 165-197, Jan./Dec. 2017-2018.

- **ABSTRACT:** The article presents The Kelsen's trinomial - State, Law and Normativity, from the perspective of precedence or coexistence of the State in

⁵² HOLANDA, Chico Buarque. Apesar de você. Histórias de Canções. São Paulo: Leya, 2009.

front of the Law. It also aims to clarify the possibility of having law without the existence of State and how the phenomenon would occur in the light of contemporary. In the last part of this article with a carefully analyzing using the dogmatics of autonomy, we intend to conceptualize the theme, but not limited on this, but understand its historical evolution, limits and reception in foreign legal systems with the presentation of a concrete case involving social networks.

- **KEYWORDS:** Right. State. Rule. Autonomy. Social Networks.

Referências

- AGOSTINHO, Santo. Cidade de Deus. Volume I. 23 ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. In: DI FRANCESCO, José Roberto Pacheco. Estudos em homenagem ao professor Silvio Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BETTI, Emílio. Teoria Geral do Negócio Jurídico. Coimbra. Coimbra Editora, 1969.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____; VASCONCELLOS, Emanuel Lins Freire. Igualdade substancial e autonomia provada no Código Civil brasileiro de 2002. III Encontro de Internacionalização do CONPEDI – MADRID. vol. 8.
- GOMES, Orlando. Novos Temas de Direito Civil. Autonomia Privada e Negócio Jurídico. cap. 6. p. 77 – 89. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.
- _____. Marx e Kelsen. Salvador: Universidade da Bahia, 1959.
- LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3 ed. Trad. José Lamego. Lisboa: 1997.
- SILVA, Edvaldo Fernandes. O Estado transnormativo e a democracia em Hans Kelsen. Disponível em <https://jus.com.br/artigos20163>.
- HOLANDA, Chico Buarque. Apesar de você. Histórias de Canções. São Paulo: Leya, 2009.
- KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 3ª tiragem. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. A Justiça e o Direito natural. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado – Editor, Sucessor, 1963.
- MIRANDA, Custódio da Piedade. Autonomia Privada: Conceito, Atuação e Limites. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, 2003.

_____, *Interpretação e Integração dos Negócios Jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MEDINA, Francisco Sabadin. *Anwendung und Auslegung von Recht in Portugal und Brasilien – Eine rechtsvergleichende Untersuchung aus genetischer, funktionaler und postmoderner Perspektive – Zugleich ein Plädoyer für mehr Savigny und weniger Jhering*, de Benjamin Herzog. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 7. ano 3. p. 393- 412. São Paulo: Ed. RT, abr. – jun. 2016.

PAUL, Ana Carolina Lobo Gluck. *Limites à Autonomia Privada*. Dissertação Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP. São Paulo.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; RODAS, Sergio. Entrevista com Reinhard Zimmermann e Jan Peter Schmidt. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 5 ano 2. p. 329-362. São Paulo: Ed. RT, out.– dez. 2015.

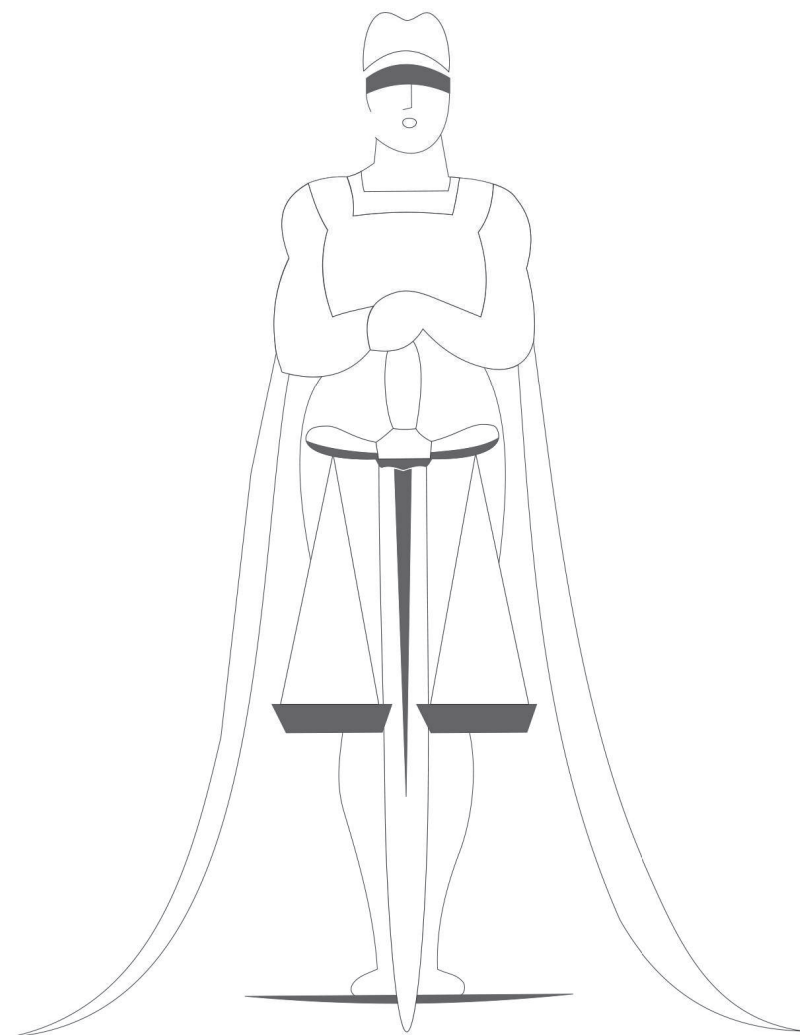
_____. *Autonomia da Vontade, Autonomia Privada e Autodeterminação. Notas sobre a Evolução de um Conceito na Modernidade e na Pós-Modernidade*. Revista de Informação Legislativa. a. 41 n. 163 p. 113-130. Brasília. Senado Federal, jul. – set. 2004.

_____. *Revisão Judicial dos Contratos. Autonomia da Vontade e Teoria da Imprevisão*. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

VICENTE, Dário Moura. A autonomia privada e os seus diferentes significados à luz do direito comparado. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 8. p. 275 – 302, jul. – set. 2016.

INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

DIFFUSE AND COLLECTIVE INTERESTS



A Judicialização das Relações Sociais e o Ativismo Judicial como Tendência: Implicações na Seara Processual Coletiva – Limites e Possibilidades

Bianca Mendes Pereira RICHTER*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 A judicialização das relações sociais e o ativismo judicial – considerações iniciais. 2 Ativismo judicial e a tutela jurisdicional dos interesses transindividuais. 3 Processo coletivo e as políticas públicas. Conclusão. Referências.
- **RESUMO:** Analisa-se a diferença entre a judicialização de relações sociais e o ativismo judicial para, então, esmiuçar como esses dois temas são tratados dentro da tutela jurisdicional transindividual. Apresentam-se os limites propostos para o tratamento e delineamento de políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil. Embora o tema tenha recebido grande atenção por parte da doutrina e da jurisprudência, não significa a sua supervalorização. A intervenção judicial continua a ser a *ultima ratio* diante da inércia dos demais poderes para a efetivação de direitos sociais previstos constitucionalmente e somente justifica-se em casos que envolvam o mínimo existencial.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Direito Processual Civil. Direitos Sociais. Processo Coletivo. Políticas Públicas. Limites. Possibilidades.

Introdução

Ganha relevo o tema do ativismo judicial¹ na doutrina e na jurisprudência, que abrange duas perspectivas distintas: a primeira, como uma postu-

*Mestre e Doutoranda em Direito Processual Civil – Universidade de São Paulo. Pesquisadora Visitante – Universidade de Coimbra, 2012. Professora de Prática Jurídica – Mackenzie. Professora de Processo Civil – Direito São Bernardo. Professora de Direito Processual Civil – Ibmec São Paulo. Professora Orientadora da Pós-Graduação *lato sensu* – Damásio Educacional. Advogada. São Paulo, SP.

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil. v.1.** 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 239. No mesmo sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. In: **Temas de direito processual:** oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 25-26.

ra diferente a ser exigida do magistrado, consagrando o reforço dos seus poderes para estimular a participação das partes, bem como de ele mesmo se mostrar atuante sob o fulcro do contraditório, buscando o cumprimento das exigências legais e evitando abusos das partes; e, a segunda, como a nova realidade de judicialização de políticas públicas, alterando o formato tradicional de atuação do Poder Judiciário. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso afirma que ativismo judicial é:

“[...] uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial. Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.”²

Estabelecido, brevemente, o conceito de ativismo judicial e suas duas perspectivas, torna-se necessário perquirir quais são as suas limitações e as suas possibilidades, no âmbito processual coletivo, para que fique nítido não se tratar de arbitrariedade por parte do órgão judicial e diferenciar-se de outros fenômenos. É o que se propõe no presente artigo. Tal se dá em razão

² BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.244-246.

da alteração na visão da função do órgão jurisdicional dentro do processo civil que acompanhou a própria evolução da ciência processual³. Hoje, reconhece-se que o magistrado “[...] *é um agente estatal no desempenho de uma função pública cujos objetivos são bem mais amplos do que a mera satisfação das partes envolvidas no litígio.*”⁴, prevalecendo a visão publicista do processo, deixando marginalizado o repúdio ao juiz ativo e participativo.⁵

Alguns juristas, tais como Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.⁶, elencam o ativismo judicial como princípio, que seria caracterizado como a maior participação do magistrado na seara coletiva, “[...] *resultante da presença de forte interesse público primário nessas causas.*”⁷. Os autores mencionados apontam o denominado “princípio” como uma faceta do princípio inquisitivo ou impulso oficial. Preferimos não adotar o tema como mais um princípio do sistema processual. Seguimos a orientação da Professora Ada Pellegrini Grinover, que destaca que a *tendência* é notada em todo o processo, que deixa de colocar o juiz na posição de espectador inerte para reposicioná-lo como protagonista principal da relação processual.⁸ Seguindo a definição do vocábulo “tendência”, segundo o dicionário *Michaelis* da língua portuguesa, o vocábulo significa uma *disposição, inclinação ou vocação*.⁹

Essa tendência é percebida no processo civil de forma geral, entretanto, há a necessidade latente de destacarmos a sua presença forte na tute-

³ Cf. PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 5-20.

⁴ Cf. PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 21.

⁵ PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 22.

⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. v.4. 5.ed. Salvador: JusPodium, 2010. p.129-132.

⁷ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. v.4. 5.ed. Salvador: JusPodium, 2010. p.129.

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. *passim*.

⁹ MICHAELIS *online*. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=tend%EAncia>>. Acesso em: 09 de março de 2018.

la jurisdicional dos interesses transindividuais, pois em situações de maior desequilíbrio e/ou de interesses indisponíveis, essa tendência se destaca.¹⁰

Questão relevante, que se abordará, é como os poderes do juiz se manifestam no âmbito coletivo. A temática tem grande importância, tendo em vista o interesse social relevante presente nesses processos, além da elevada conflituosidade dentro de um único grupo, que engloba diversos tipos de interesses. Ensina José Carlos Baptista Puoli que o grau de intensidade da atuação do órgão jurisdicional depende do grau de disponibilidade do interesse sob análise¹¹, como afirmado acima.

Nessa temática, o processo coletivo apresenta duas singularidades que devem ser consideradas: primeiramente, o titular do direito não participa do processo¹², ou seja, o sujeito da relação jurídica processual não é o mesmo da relação jurídica material; e os indivíduos atingidos pela decisão jurisdicional são, em regra, em número bastante considerável, fazendo com que o alcance subjetivo de um processo coletivo seja sempre significativamente maior do que um processo individual.

Partindo dessas premissas e conceitos delineados, passamos a esmiuçar algumas das implicações do tema na seara coletiva.

1 A judicialização das relações sociais e o ativismo judicial – considerações iniciais

O ativismo judicial possui maior legitimidade quando o procedimento judicial tenha sido conduzido sob o manto da cooperação entre as partes, através da estratégia de condução do processo que cada juiz deve traçar, mas não se trata de fim primordial¹³. A cooperação entre as partes e o órgão

¹⁰ PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 81.

¹¹ PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 27. Em relações de consumo, em âmbito coletivo, estarão presentes interesses de alta relevância a demandar um alto grau de participação do órgão jurisdicional. Cf. p. 28.

¹² Há uma exceção a essa regra que vem prevista no artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor, nas ações que envolvem direitos individuais homogêneos.

¹³ CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. **Governança judicial: modelos de controle das atividades dos sujeitos processuais**. Tese de doutorado Professor Orientador: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: USP, 2008. p.225.

jurisdicional é forma de conferir maior legitimidade às decisões e melhorar a qualidade e quantidade de dados a serem considerados em cada pronunciamento judicial.¹⁴

Interessante notar, neste momento, o modo de definir “juiz” utilizado por Marcelo Lima Guerra¹⁵ em comparação com um personagem teatral. Enquanto o personagem do teatro tem um conjunto de atos que está autorizado a praticar de forma fechada e estabelecida pelo autor da peça, o juiz também deve seguir o conjunto de atos previstos. No entanto, o conjunto estipulado para o magistrado é apenas uma possibilidade hipotética de ocorrência e a criação desse modelo judicial se dá de forma mais complexa que a criação teatral, pois depende da influência de diversas normas criadas não apenas por processos explícitos, “[...] *mas também recebendo o influxo de informações culturais quase imperceptíveis*.”¹⁶, além de situações externas que dependem da postura das partes e das situações fáticas em que cada parte se encontra. Assim, desde há muito se averigua qual o papel do magistrado: se mero intérprete-aplicador do direito ou se participa da atividade de criação do direito, o que recebe, por vezes, a denominação de atividade supletiva, dado que, primordialmente, quem teria a competência de “criar” o direito seria o Poder Legislativo na clássica tripartição dos poderes¹⁷, elaborada por Montesquieu.¹⁸

Nessa análise do ativismo judicial, pode-se lembrar uma causa provável para a ocorrência da judicialização das relações sociais. É o fato de o Es-

¹⁴ PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 47.

¹⁵ Cf. GUERRA, Marcelo Lima. O que é um juiz? **Revista de Processo**, n. 191, ano 36, janeiro 2011, p.321-337. Cf. CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. **Governança judicial: modelos de controle das atividades dos sujeitos processuais**. Tese de doutorado Professor Orientador: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: USP, 2008. p.39.

¹⁶ Cf. GUERRA, Marcelo Lima. O que é um juiz? **Revista de Processo**, n. 191, ano 36, janeiro 2011, p.324.

¹⁷ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Trad. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p.13. Cf. PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p.125-128. Sobre a alteração do papel do Poder Judiciário.

¹⁸ **Do Espírito das Leis ou das Relações que as leis devem ter com as Constituições de cada governo, costumes, clima, religião e comércio**. Obra publicada em 1748.

tado do Bem-Estar Social ter operado suas mudanças sociais iniciais através do Poder Legislativo, que elaborou leis regulamentadoras de políticas sociais, concernentes ao direito do trabalho, da saúde, da segurança social, etc. Com o decorrer do tempo, o Estado passou a ampliar sua regulamentação para a economia, com leis antimonopolísticas, transportes e agricultura. Atualmente, o Estado assumiu diferentes campos de responsabilidades para si, como a política de empregos, assistência social, econômica e jurídica, o financiamento de atividades culturais, artísticas e a renovação de centros urbanos em decadência¹⁹. Esses casos citados não são exaustivos, pois as áreas de intervenção estatal são várias e não parecem parar de crescer. Além disso, o mundo industrial que gera um grande mercado de consumo ocasiona consequências para o consumidor durante a produção e no consumo, o que está regulamentado pelo direito consumerista. Dessa maneira, quanto mais desenvolvida a sociedade, maior a sua complexidade. Os conflitos originados nesta sociedade com elevado grau de complexidade tendem a ser repletos de minúcias. Assim, a sociedade e o seu governo assumem o compromisso de resolução desses conflitos de forma a manter o maior equilíbrio possível de acordo com o interesse público geral²⁰, que não seria considerado por grandes grupos empresariais, por exemplo, quando o assunto é o meio ambiente e o congestionamento no trânsito, por exemplo, *versus* a maximização dos lucros.

Assim, os Estados com maior nível de organização se veem intervindo nas mais diversas áreas e são chamados de Estado do Bem-Estar Social, como já citado, e Mauro Cappelletti²¹ usa, inclusive, o termo “estado burocrático” para se referir a eles.

Essa realidade complexa que assume o Poder Legislativo gera uma situação de sobrecarga sobre esse poder, principalmente nos Estados pluralísticos, onde seus parlamentares se ocupam prioritariamente com discussões político-partidárias, e, assim, o Poder Judiciário é chamado a intervir nos mais

¹⁹ No sentido da constitucionalização de direitos: SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.15.

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p.37-38.

²¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p.39.

diversos campos²² e também o Poder Executivo recebe funções novas, como a de regulamentar situações e regular serviços através de agências²³. Tais desenvolvimentos apontados trouxeram importantes consequências para o Poder Judiciário, com aumento de funções e responsabilidades:

“Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o *terceiro gigante*, capaz de controlar o legislador mastodonte e o levianesco administrador.”²⁴

Como aponta Mauro Cappelletti²⁵, os Poderes Judiciários dos Estados Modernos, mais cedo ou mais tarde, têm seguido a segunda opção, que acompanha o aumento do Estado “leviatã”. Essa opção não se apresenta isenta de riscos de abusos: “*Existe, antes, certa semelhança entre esses riscos e os decorrentes de outras manifestações do gigantismo estatal, de natureza legislativa ou administrativa: riscos de autoritarismo, lentidão e gravosidade, [...]*”²⁶. Dentre os vários pontos vulneráveis desta nova realidade que se apresenta, pode-se citar a dificuldade no controle da discricionariedade administrativa em questões técnicas e a dificulda-

²² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p.43.

²³ Não se aborda a temática com a devida profundidade por fugir ao escopo do artigo, no entanto, recomenda-se a leitura de: CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. *passim*. “Verifica-se, assim, o desenvolvimento que já havíamos mencionado acima: a transformação gradual do *welfarestate* em estado administrativo. Mas, acrescenta-se aqui a constatação de crescente sentimento de desilusão e desconfiança, não apenas em face dos parlamentos, mas também em relação ao poder executivo, à administração pública e suas inúmeras agências.” p.44.

²⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p.46-47.

²⁵ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p.48.

²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p.49.

de de fiscalização de atividades que são de trato continuado no tempo, como a prestação de serviços públicos e a implantação de políticas públicas, além da questão da legitimidade democrática das decisões oriundas do Poder Judiciário.²⁷

Seguidamente a essa realidade exposta, a legislação do Estado de Bem-Estar Social não se amolda ao modelo tradicional de o Estado optar por o que seja “certo” ou “errado”, permitindo ou proibindo condutas. Este modelo estatal adota o modelo promocional, estabelecendo diretrizes para o futuro, perspectivas sobre direitos sociais. Assim, usualmente, a lei conterá princípios e diretrizes gerais que deverão ser complementadas por normas técnicas posteriores de inferior grau hierárquico. Como aponta Mauro Cappelletti²⁸ sobre os direitos sociais: *“Exigem eles, ao contrário, permanente ação do estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais [...]”*.

Essa realidade da legislação sobre direitos sociais afeta o papel dos magistrados, que integram um dos Poderes deste Estado com papel transformado e não teriam como passar inertes diante de tamanhas mudanças. O Poder Judiciário é chamado a tornar efetivos esses programas previstos legalmente de forma abstrata através de finalidades e princípios.²⁹

Assim, a atividade criativa existe em qualquer tarefa julgadora, no entanto, em matéria de direitos sociais e leis prescritivas, o grau de criatividade da atividade judiciária aumenta diante do elevado grau de abstração da própria norma³⁰, exigindo dos membros do Poder Judiciário no-

²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p.50. “Permanece, todavia, o fato de que, segundo a opinião de muitos, na criatividade jurídica dos legisladores democraticamente eleitos e dos administradores públicos politicamente responsáveis reside maior grau de “legitimação”, de qualquer maneira mais evidente do que no “ativismo judiciário”, vale dizer, na criatividade jurídica da magistratura, caracterizada exatamente pela tradição de independência política e isolamento.”.

²⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p.41.

²⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p.42.

³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p.42.

vas posturas de forma a fazer respeitar esses direitos previstos legalmente de forma ampla.

Atualmente, o tema ganha relevância no controle judicial de políticas públicas, assim como Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. ensinam: “[...] *os exemplos recentes estão se multiplicando, existindo precedentes, já dos tribunais superiores, confirmando decisões que ordenam a execução de atividades essenciais pelo administrador, a obrigatoriedade do fornecimento de creches, a reforma de presídios, de hospitais, etc.*”³¹

Assim, resta incontestado que a atividade judiciária envolve a atividade de criação do direito, pois o significado dado a expressões idiomáticas e a palavras secas variam de acordo com o tempo e com o espaço em uma mesma sociedade e, acentuadamente, em sociedades plurais. Somada a essa realidade, o próprio legislador passou a fazer maior uso de conceitos indeterminados para evitar que os textos legais rapidamente se tornassem obsoletos com as cada vez mais rápidas mudanças que têm se operado no âmbito tecnológico e social.³² Além disso, por vezes, não se trata de determinar qual o grau de criatividade que o intérprete detém, mas o subjetivismo carregado por cada interpretação e que é distinto em cada indivíduo³³. A questão central é o grau de criatividade, os modos, os limites e a aceitabilidade dessa criação pelos Tribunais de forma a evitar a arbitrariedade. A afirmação de que toda interpretação envolve a criação de algo pelo indivíduo que a exerça não significa total liberdade deste. Como bem destaca Mauro Cappelletti: “Discrecionarie-

³¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. v.4. 5.ed. Salvador: JusPodium, 2010. p.130.

³² PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p.72-73.

³³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Trad. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p.21-22. “Em realidade, interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e – [...]. É óbvio que toda reprodução e execução varia profundamente, entre outras influências, segundo a capacidade do intelecto e estado de alma do intérprete. Quem pretenderia comparar a execução musical de Arthur Rubinstein com a do nosso ruidoso vizinho? E, na verdade, quem poderia confundir as interpretações geniais de Rubinstein, com as também geniais, mas bem diversas, de Cortot, Gieseking ou de Horowitz? Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu “texto”, ele será sempre, por assim dizer, forçado a ser livre – porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e nuances, para a atividade interpretativa.”.

dade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos.”.³⁴ Dessa forma, a atividade judicial é tolhida por limites processuais e substanciais. Estes variam com o tempo e com o espaço, podendo ser a lei ou a equidade, por exemplo, além do texto constitucional, cabe-nos pontuar alguns dos limites que incidem hoje para o magistrado pátrio adiante. Segundo Swarai Cervone de Oliveira³⁵, tanto no processo individual, quanto no coletivo, o vetor de atuação judicial deve ser a cláusula do devido processo. O grau de liberdade judicial dependerá da menor ou maior carga publicística que se dê ao processo judicial, como aponta o mencionado autor. O Projeto de Lei n. 5.139/09, que foi rejeitado, valorizava o cunho publicístico do processo coletivo e seus fins políticos sociais, no mesmo sentido que o microssistema de processos coletivos atualmente em vigor o faz.³⁶

Até o momento, delimitada a temática e diferenciados os dois aspectos do ativismo judicial: quanto à nova postura do juiz em relação ao procedimento e quanto ao abarcamento pelo Poder Judiciário da função de efetivação de direitos fundamentais, nos dizeres de Mauro Cappelletti, não se passa de “[...]truísmo privado de significado: é natural que toda interpretação seja criativa [...]”³⁷. Agora, convém estabelecer quais os limites da atividade criadora do juiz. Essa tarefa de delinear limites à realidade destacada é árdua, mas, dentro dos objetivos do presente artigo, esses limites são apontados dentro da manifestação de maior poder do órgão jurisdicional em alguns dos

³⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p.23-24.

³⁵ Cf. OLIVEIRA, Swarai Cervone de. Poderes do juiz nos processos coletivos. In: CALMON, Petrônio; CIANCI, Mirna; GOZZOLI, Maria Clara; QUARTIERI, Rita (Coord.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010. p.643.

³⁶ Sobre o caráter político das decisões que envolvem interesses transindividuais, cf.: PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 139. “Fechando este tópico, cumpre verificar que, seja pelo aspecto da maior influência que as decisões proferidas em ações onde são debatidos interesses metaindividuais projetam sobre a sociedade, seja pelo modo peculiar de interpretação exigida pelas normas legais relacionadas com os novos direitos, fato é que tais decisões têm nítido componente político.”.

³⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p.25.

princípios estudados em seguida e diante de algumas conclusões alcançadas por José Carlos Baptista Puoli³⁸ em pesquisa sobre a ampliação dos poderes do juiz no processo civil brasileiro. Aponta o Professor mencionado o princípio da motivação das decisões judiciais, imposto pelo constituinte brasileiro, no artigo 93, inciso IX, como um “[...] elemento de controle do exercício do crescente poder exercido pelos juízes.”³⁹, através do estudo da conformação do conteúdo da decisão com as disposições de nosso ordenamento jurídico.

Além disso, em um Estado Democrático de Direito, que estabelece limitações e responsabilidades para os que exercem o poder, o tema da responsabilidade dos juízes se destaca e carece de profundos estudos sobre o tema que transitem pela responsabilidade civil dos juízes e pela responsabilidade civil do Estado diante da atuação do magistrado como um agente público.⁴⁰

Por fim, aponta José Carlos Baptista Puoli⁴¹ que a forma de recrutamento e aperfeiçoamento do corpo profissional são temas que não podem ser olvidados diante da realidade de aumento de poderes dos magistrados; “[...] tudo para que o poder (de que tanto tratou este texto) seja continuamente exercido dentro de parâmetros de razoabilidade e humanismo e, no bojo do processo civil, não se perca de vista jamais o norte, a saber, a viabilização dos escopos social, político e jurídico do processo.”⁴², para que se evitem situações perigosas, como indica José Eduardo Faria: “Porque, ao lado de suas preocupações de natureza profissional, muitos atores jurídicos também não se descartam de suas opções políticas, valendo-se dos aspectos ambíguos e contraditórios do direito positivo para uma “práxis libertadora” em prol de uma efetiva justiça social.”.⁴³ Todas essas discussões ganham destaque quan-

³⁸ Cf. PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p.213-217.

³⁹ PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 215.

⁴⁰ PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 213-214. “Sabe-se, contudo, que as dificuldades para formatação de um adequado modelo para responsabilização dos juízes são inúmeras.”.

⁴¹ PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 216.

⁴² PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 217.

⁴³ FARIA, José Eduardo. Ordem legal X mudança social: a crise do Judiciário e a formação do

do da análise da judicialização de relações sociais levando a situações de ativismo dentro do processo coletivo.

2 Ativismo judicial e a tutela jurisdicional dos interesses transindividuais

Como já mencionado linhas atrás, o processo coletivo tem peculiaridades que afetam o ativismo judicial de forma peculiar, pois o titular do direito substancial não está presente na relação processual diretamente, mas através de um representante adequado e a abrangência da decisão judicial no âmbito coletivo é larga, tendo “[...] repercussão sobre grandes parcelas da sociedade quando não atingem todos os seus componentes”⁴⁴, o que evidencia a conotação altamente política das decisões jurisdicionais que envolvem interesses transindividuais em relação à nova postura do magistrado.

Em parecer sobre o Código de Defesa do Consumidor e o processo civil, o processualista paulista José Rogério Cruz e Tucci destaca os aspectos processuais mais relevantes trazidos pelo Código Consumerista e, dentre os pontos eleitos, está a amplitude dos poderes conferidos aos órgãos do Poder Judiciário, inserido na necessidade de “[...] um equilíbrio harmônico entre técnica de tutela substancial e garantia de defesa processual.”⁴⁵, trazendo importante papel aos órgãos jurisdicionais no desenvolver do processo: “[...] se funções transcendentais são reservadas ao juiz quanto à direção do processo, com certeza dilatam-se estas no âmbito das ações de natureza coletiva.”⁴⁶

Assim, o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor traz previsões que configuram exceções ao princípio da demanda⁴⁷, que delineia a função jurisdicional com a característica de substitutividade somente, quando prevê, em seu *caput*, a possibilidade de o juiz determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao da prestação não adimplida; tam-

magistrado. In: FARIA, José Eduardo. (Org.). **Direito e justiça: a função social do Judiciário**. 3.ed. São Paulo: Editora Ática, 1997. p.97.

⁴⁴ PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 134.

⁴⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. Código do consumidor e processo civil: aspectos polêmicos. **Revista dos Tribunais**, ano 80, setembro de 1991, vol. 671, p.32-39, São Paulo. p.33.

⁴⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. Código do consumidor e processo civil: aspectos polêmicos. **Revista dos Tribunais**, ano 80, setembro de 1991, vol. 671, p.32-39, São Paulo. p.33.

⁴⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. Código do consumidor e processo civil: aspectos polêmicos. **Revista dos Tribunais**, ano 80, setembro de 1991, vol. 671, p.32-39, São Paulo. p.33.

bém prevê uma exceção no seu parágrafo 4º, quando possibilita a fixação de multa diária ao réu independentemente de pedido do autor. Como ensinam Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Nelson Nery Júnior:

“O dispositivo confere maior plasticidade ao processo, principalmente quanto ao provimento nele reclamado, permitindo que o juiz, em cada caso concreto, por meio da faculdade prevista no parágrafo em análise, proceda ao adequado equilíbrio entre direito e a execução respectiva, procurando fazer com que esta última ocorra de forma compatível e proporcional à peculiaridade de cada caso.”⁴⁸

Os autores mencionados destacam a necessidade de preparação dos magistrados com relação ao conhecimento jurídico e também a outras áreas do saber humano diante dessa previsão legal, para que a aderência de suas decisões à realidade socioeconômica-política seja a maior possível.⁴⁹ Por fim, o dispositivo sob análise ainda prevê, em seu parágrafo 5º, a possibilidade de o magistrado determinar as medidas necessárias para a obtenção do resultado prático equivalente.⁵⁰

Além dessas previsões, o microsistema consumerista ainda traz a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor da parte vulnerável mediante o preenchimento dos requisitos de verossimilhança ou de hipossuficiência.

Cabe frisar o que diz José Carlos Baptista Puoli sobre o tema: *“Ocorre que o conteúdo de tais requisitos será, em boa medida, plasmado pelo juiz, segundo as circunstâncias do caso concreto e o influxo de uma carga valorativa [...]”*⁵¹. O uso de termos vagos não se esgota aí na seara coletiva, pelo contrário, os exemplos são vários e permeiam os princípios constitucionais, assim como as regras,

⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JR., Nelson; WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Vol.2: processo coletivo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.115.

⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JR., Nelson; WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Vol.2: processo coletivo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.115.

⁵⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. Código do consumidor e processo civil: aspectos polêmicos. **Revista dos Tribunais**, ano 80, setembro de 1991, vol. 671, p.32-39, São Paulo. p.33.

⁵¹ PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 78.

que, a rigor, deveriam conter termos com maior nível de precisão teórica. Diante dessa situação, o silogismo puro da situação fática à norma é obstaculizado.⁵²

Como destaca Vittorio Denti⁵³, as regras que regulam o papel do juiz não exibem neutralidade, pois são reflexo da ideologia do processo que regula a relação entre o juiz e o Estado e entre o juiz e a sociedade civil. No entanto, para a garantia de um processo leal e célere, seria irresponsável falar-se apenas no papel mais ativo que o magistrado assume sem destacar a devida colaboração das partes.⁵⁴ Dessa forma, pretende-se, nesse momento, tocar o tema da regulação de políticas públicas pelo Poder Judiciário através da tutela de interesses transindividuais.

3 Processo coletivo e as políticas públicas

Dessa forma, neste momento, cabe destacar o segundo aspecto da tendência do ativismo judicial, qual seja, a implementação de políticas públicas através da atuação do Poder Judiciário.

Thomas Humphrey Marshall, em seu estudo “Citizenship and social class”⁵⁵, elaborado no contexto europeu, especificamente britânico, em meados do século XX, propõe que a cidadania seja composta de três esferas de direitos que se desenvolveram em um processo histórico: civis, políticos e sociais. São as duas primeiras gerações de direitos: os civis e os sociais; acrescentados, posteriormente da terceira geração, que são os direitos que pertencem aos grupos, ou seja, crianças, idosos, consumidores e minorias⁵⁶. Para a

⁵² PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 135.

⁵³ DENTI, Vittorio. **La giustizia civile: lezioni introduttive**. Bologna: il Mulino, 1989. p. 80-92. Cf. OLIVEIRA, Swarai Cervone de. Poderes do juiz nos processos coletivos. In: CALMON, Petrônio; CIANCI, Mirna; GOZZOLI, Maria Clara; QUARTIERI, Rita (Coord.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010. p.645.

⁵⁴ Cf. OLIVEIRA, Swarai Cervone de. Poderes do juiz nos processos coletivos. In: CALMON, Petrônio; CIANCI, Mirna; GOZZOLI, Maria Clara; QUARTIERI, Rita (Coord.). **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010. p.646.

⁵⁵ MARSHALL, Thomas Humphrey. **Citizenship and social class**. Disponível em: <<http://delong.typepad.com/marshall-citizenship-and-social-class.pdf>>. Acesso em: 08 de julho de 2018.

⁵⁶ Sobre o tema, cf. SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.9.

efetivação dos direitos de segunda e terceira geração são necessárias políticas públicas: “[...] ao reconhecerem a exclusão, objetivem uma justiça distributiva. Ou seja, é necessário um Estado atuante, no sentido de providenciar a concretização dos direitos à saúde, ao trabalho, à educação, à moradia, à aposentadoria etc.”⁵⁷. A divisão dos direitos fundamentais é de Paulo Bonavides⁵⁸, que acrescenta, ainda, a quarta dimensão de direitos, referentes aos direitos de participação relacionados à democracia.

É necessário conceituar “políticas públicas”, no entanto, conceituar não é tarefa fácil, pois conceitos podem fechar realidades amplas, fornecendo uma ideia menor do seu real alcance, ou apenas mostrar parte da realidade. Diante desse obstáculo, seguimos a definição precisa de Rodolfo de Camargo Mancuso que relaciona o tema ao controle jurisdicional:

“[...] política pública pode ser considerada como a conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.”⁵⁹

Nesse contexto brevemente apresentado⁶⁰, “[...] modifica-se inteiramente o perfil do poder público e também da justiça estatal. Tra-

⁵⁷ SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.9.

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.571.

⁵⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILLARÉ, Édis. (Coord.). **Ação civil pública: Lei n. 7.347/1985 – 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.730.

⁶⁰ Para maiores explicações sobre a evolução histórica dos institutos, recomenda-se a leitura do artigo: SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.1-32. Assim como a leitura da obra de Thomas Humphrey Marshall. MARSHALL, Thomas Humphrey. **Citizenship and social class**. Disponível em: <<http://delong.typepad.com/marshall-citizenship-and-social-class.pdf>>. Acesso em: 08 de julho de 2018.

ta-se, a partir de então, de garantir não apenas as liberdades negativas, mas também de assegurar as liberdades positivas.”⁶¹, assim, revela-se a extrema importância do acesso à justiça e do novo papel do Poder Judiciário⁶². Eurico Ferraresi afirma que as políticas públicas almejam o alcance dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, inscritos no artigo 3º do texto constitucional.⁶³

Foge ao objetivo deste artigo a análise ampla do tema da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, que se revela extremamente complexo⁶⁴. No entanto, convém registrar a existência do fenômeno e a forma que ele se revela dentro do processo coletivo. Exemplos desse con-

⁶¹ SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.10. Sobre os estudos acerca do tema: “Não é, pois, por acaso que os primeiros estudos de natureza política sobre o Judiciário tenham nascido nos Estados Unidos. A tradição inaugurada por Tocqueville no século XIX se desenvolveu, ganhando estatura. Desde pelo menos os anos 1950, uma importante área de estudos e pesquisas se consolidou caracterizada por interpretações que acentuam o papel político do Judiciário e, conseqüentemente, sua atuação na arena pública. Essa literatura é em grande parte marcada pelo debate entre os favoráveis e os contrários ao ativismo judicial.” – p.13. A obra de Tocqueville a que a autora se refere é “A democracia na América: sentimentos e opiniões”.

⁶² CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. *passim*. Mauro Cappelletti e Bryant Garth apontam a existência de três ondas processuais. A segunda dessas ondas renovatórias abrange o acesso à justiça e os direitos coletivos. Percebeu-se a necessidade, segundo esses autores, de uma tutela mais efetiva para direitos que transbordam a esfera individual.

⁶³ FERRARESI, Eurico. A responsabilidade do Ministério Público no controle das políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 491-492.

⁶⁴ Sobre a complexidade que circunda o tema: ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 309. “Trata-se de um tema com extensão amplíssima, transpassando por uma miríade de áreas do direito – dentre as quais é possível destacar direito constitucional, administrativo, processual civil, econômico etc. -, bem como tem fundamentado uma quantidade considerável de decisões dos tribunais pátrios, [...]”. No mesmo sentido: COSTA, Susana Heniquesda. O Poder Judiciário no controle de políticas públicas: uma breve análise de alguns precedentes do STF. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.451.

trole se multiplicam nos Tribunais Superiores, com a obrigatoriedade no fornecimento de creches, a reforma de presídios e de hospitais, dentre outros.^{65 66}

Não é prudente admitir a possibilidade da intervenção judicial em políticas públicas sem o delineamento de alguns limites para essa atuação. Embora essa não seja tarefa fácil, estes limites podem ser encontrados na decisão monocrática do Ministro Celso de Mello na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45 de 2009 em três linhas: o mínimo existencial que deve ser garantido a todo cidadão; a razoabilidade da pretensão deduzida frente ao Poder Público; a existência de disponibilidade financeira do Estado para efetivar as prestações positivas exigidas.

Quanto ao primeiro limite, o mínimo existencial, a discussão se concentra nos direitos jurisdicionáveis: se todos os direitos fundamentais previstos no texto constitucional seriam imediatamente exigíveis ou se há necessidade de uma manifestação dos outros dois poderes, o Executivo e o Legislativo. Seguindo o esteio do Professor Kazuo Watanabe: “O “mínimo existencial” diz respeito ao núcleo básico do princípio da dignidade humana assegurado por um extenso elenco de direitos fundamentais sociais, tais como direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência social, ao acesso à justiça, à moradia, ao trabalho, ao salário mínimo, à proteção à maternidade e à infância.”⁶⁷. A jurisprudência dos Tribunais Superiores não tem admitido a alegação da tese da reserva do possível quando em jogo o mínimo existencial⁶⁸. Dessa forma, o mínimo existencial tem funcionado como parâmetro

⁶⁵ Cf. Boletim Informativo do STF n. 419 (RE 190938). Nesse sentido: DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. v.4. 5.ed. Salvador: JusPodium, 2010. p.130-131.

⁶⁶ Sobre o tema, cf. SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p.19.

⁶⁷ WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 219. “O “mínimo existencial”, além de variável histórica e geograficamente, é um conceito dinâmico e evolutivo, presidido pelo princípio da proibição do retrocesso, ampliando-se a sua abrangência na medida em que melhorem as condições sociais e econômicas do país.”.

⁶⁸ Nesse sentido: STF, RE n. 482.611, SC, Rel. Ministro Celso de Mello; STJ, REsp n. 1.185.474-SC, Ministro Humberto Martins.

para o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. No entanto, o mínimo existencial, como acima explicado, pode ser amplo e o Poder Judiciário precisará de um parâmetro.

Nesse momento, entra o segundo limite: a razoabilidade, segundo ensina Ada Pellegrini Grinover⁶⁹, seria sinônimo do princípio da proporcionalidade e de seus três sub-princípios quais sejam: adequação de meios, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Em relação ao terceiro limite, a reserva do possível, não basta que a Administração Pública o alegue sem fazer a devida prova. Caso a alegação de falta de recursos seja acolhida, ocorrerá o diferimento no cumprimento da obrigação consistente no fazer a política pública, pois a obrigação poderá consistir na dotação da verba necessária para a próxima proposta orçamentária. Kazuo Watanabe entende que a reserva do possível é inoponível quando em tela o mínimo existencial.⁷⁰

Dentre os mecanismos técnico-processuais aptos a veicular pretensões que envolvam políticas públicas, tem-se as ações constitucionais, conhecidas como ações do controle concentrado de constitucionalidade, e as ações coletivas e individuais no âmbito das situações concretas em que haja omissão ou desvirtuamento da atuação do Poder Público⁷¹. Tendo em vista o objetivo atual da análise aqui feita, percorrem-se, de forma sucinta, as ações coletivas, que veiculam pretensões coletivas de direito material. Como ensina Camilo Zufelato: “Em termos mais claros, em última análise as políticas públicas são espécie de direitos coletivos e, portanto, tuteláveis mediante o processo coletivo.”⁷². Além disso, do ponto de vista legislativo, ocorreu uma grande

⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 133.

⁷⁰ WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 222-223.

⁷¹ ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 315.

⁷² ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 316.

ampliação do objeto das ações coletivas com a inserção de uma espécie de cláusula geral que admite a tutela de qualquer tipo de direito transindividual no inciso IV do artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347 de 1985). Assim: “[...] é possível inserir as políticas públicas no interior das espécies de direitos coletivos, e nessa medida afirmar ser possível a utilização da tutela jurisdicional coletiva para controlar tais políticas.”⁷³

Quanto às espécies de ações para a tutela jurisdicional de interesses transindividuais, Camilo Zufelato defende ser possível o uso de todas elas, ou seja, ação civil pública, ação coletiva, mandado de segurança coletivo, ação popular, ação de improbidade administrativa e mandado de injunção coletivo, para esse objetivo.⁷⁴

A preocupação com a efetividade do processo é tema corrente em quase todas as áreas, no entanto, deve ser redobrada nessa seara, devido à grande relevância social e à magnitude dos conflitos.⁷⁵

Hermes Zaneti Jr.⁷⁶, em artigo sobre o tema, analisa a admissibilidade das ações para tratar de políticas públicas. Defende o autor que questões sobre os pressupostos processuais, quando estritamente formais, devem ser superadas ao máximo para que o mérito seja analisado diante da magnitude do assunto. Um aspecto que favorece o controle de políticas públicas através do instrumento processual é o modelo de admissão no processo, que é híbrido no nosso ordenamento jurídico, com órgãos públicos como legitimados, assim como entes da sociedade civil.⁷⁷

⁷³ ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 316.

⁷⁴ ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 317.

⁷⁵ ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 319.

⁷⁶ ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 53.

⁷⁷ ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 320.

Questão central do tema reside na técnica decisória, já que não há regra jurídica a priori aplicável ao caso. A clássica técnica da subsunção do fato à norma não se mostra suficiente.⁷⁸

Dessa maneira, a técnica decisória envolve maior carga de atividade criativa do magistrado diante do choque entre princípios. No entanto, essa nova posição do juiz não é sinônimo de arbitrariedades. A legitimidade da jurisdição não é perdida com o não uso da subsunção, mas com o exercício efetivo do contraditório cooperativo das partes para o alcance de uma decisão final justa.⁷⁹

De grande contribuição para a melhor formação da decisão, através do contraditório cooperativo, pode ser a participação de especialistas da própria sociedade. Camilo Zufelato, de lege ferenda, recomenda a ampliação do uso da figura do *amicus curiae*, que já está previsto em alguns procedimentos perante o Supremo Tribunal Federal e que poderia ser ampliado para os processos coletivos de uma forma geral⁸⁰. O rejeitado Projeto de Lei n. 5.139 de 2009, em seu artigo 22, continha previsão no sentido de ampliar a participação da sociedade⁸¹. Eurico Ferraresi, ao tratar do tema, observa que:

⁷⁸ ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 321. “Com efeito, o juiz está diante de um conflito de interesses juridicamente relevantes, e deverá, por meio de um contraditório de valores constitucionalmente protegidos e não exclusivamente de fatos ou provas, eleger o valor mais relevante no caso sob análise. A judiciabilidade das políticas públicas significa que o juiz deverá submeter a escolha – ou mesmo a omissão – do administrador público ao crivo dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, que em última análise são também direitos transindividuais, para só então concluir se a escolha política é compatível com prioridade eleita pelo constituinte.”

⁷⁹ ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 322. “Ademais, com a ideia de processo como instrumento democrático no qual as próprias partes constroem, por intermédio do contraditório cooperativo, juntamente com o juiz, a solução jurídica, afasta-se a ideia de crise de legitimidade da jurisdição ao se imiscuir em questões políticas, um dogma que precisa ser revisto a partir dos novos paradigmas do processo civil contemporâneo.”

⁸⁰ ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 323.

⁸¹ Artigo 22, PL n. 5.139/09: “Em qualquer tempo e grau do procedimento, o juiz ou tribunal

“Nos processos coletivos, todos os operadores do Direito são colocados à prova, uma vez que as decisões não se baseiam em juízos técnicos, mas sim em critérios sociológicos e políticos. Por esse motivo a importância das audiências públicas como forma de aproximação dos operadores do Direito com o corpo social, fazendo com que a discussão não se limite ao âmbito técnico-processual, mas, sim, atenda aos escopos sociais e políticos do processo.”⁸²

O jurista mencionado ainda traz o exemplo da Espanha, que, apesar de não possuir um modelo para processos coletivos, determina que direitos pertencentes a massas só sejam analisados mediante a manifestação de grupos, partidos políticos e meios de comunicação.

O Ministério Público do Estado de São Paulo, através do Ato Normativo n. 484-CPJ, do ano de 2006, regulamentou a realização das audiências públicas em seu capítulo V, artigo 60 e seguintes. Sobre o tema, observa Eurico Ferraresi: “Com efeito, a oportunidade para o debate com a comunidade a respeito dos interesses prioritários será nas audiências públicas; na hipótese de futura propositura de ação coletiva, o ajuizamento da demanda não será um ato isolado do promotor [...]”.⁸³

Quanto à forma de tutela jurisdicional usualmente expedida nesse âmbito, a tutela específica é a regra, pois o magistrado escolherá ou planejará como certo direito fundamental será implementado pelo órgão estatal competente⁸⁴. Diante da prevalência da tutela específica, todos os seus

poderá submeter a questão objeto da ação coletiva a audiências públicas, ouvindo especialistas no assunto e membros da sociedade, de modo a garantir a mais ampla participação social possível e a adequada cognição judicial.”

⁸² FERRARESI, Eurico. A responsabilidade do Ministério Público no controle das políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 497.

⁸³ FERRARESI, Eurico. A responsabilidade do Ministério Público no controle das políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 497.

⁸⁴ ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 324. “Em outros termos, a obri-

consectários também são aplicáveis⁸⁵. Assim, caso ocorra o descumprimento da decisão judiciária, Ada Pellegrini Grinover afirma: “[...] abrem-se diversas vias para a aplicação de sanções: a) a aplicação de multa diária (astreintes) ou a título de ato atentatório ao exercício da jurisdição; b) a responsabilização por ato de improbidade administrativa; c) a intervenção do Estado no Município; d) a responsabilização criminal.”⁸⁶. A primeira opção, a multa, se mostra de pequena eficiência, já que a conta recairá nos cofres públicos, ou seja, bem de todos. A multa somente será eficiente quando cobrada do administrador público.⁸⁷

Embora o tema tenha recebido grande destaque, o uso da intervenção judicial nas políticas públicas deve continuar a ser a ultima ratio, já que, a priori, a competência para legislar e implantar políticas públicas continua a ser dos poderes de Estado essencialmente políticos⁸⁸. Nesse sentido, Kazuo Watanabe, ao tratar dos limites expostos acima, ensina:

“Os demais direitos fundamentais sociais, que não correspondam ao núcleo básico da dignidade humana e por isso não são qualificáveis como asseguradores do “ínimo

gação específica é do próprio Estado em relação à adoção desta ou daquela política pública, que no caso de não cumprimento será imposta pelo Judiciário, não por uma discricionariedade arbitrária e ilegítima do juiz, mas sim a partir da construção, por meio do processo e das razões das partes em contraditório, da hipótese mais conveniente e adequada ao caso concreto.”.

⁸⁵ ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 324.

⁸⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 140.

⁸⁷ Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 140-141. Também cf. ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 324-325.

⁸⁸ ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 314.

existencial”, e tampouco estejam consagrados em normas constitucionais de “densidade suficiente”, não desfrutam da tutelabilidade jurisdicional sem a prévia ponderação do Legislativo ou do Executivo, por meio de definição de política pública específica. Em relação a eles deve ser resguardado o debate democrático e preservado o pluralismo político, no âmbito do Legislativo e do Executivo.”⁸⁹

Em contraposição aos benefícios trazidos pelo controle judicial de políticas públicas efetivas, José Carlos Baptista Puoli aponta o lado pernicioso do fenômeno, que são os abusos no uso da ação civil pública, quando o autor coletivo tenta impor seus valores subjetivos na condução dos assuntos estatais. Isso se dá, segundo o autor, devido à grande quantidade de termos indeterminados na legislação material que possibilita a escolha política de preferência do agente⁹⁰.

Apesar da pertinência das críticas e da importância em mencioná-las, o fenômeno conduzido de forma proba e correta tem apresentado vantagens. Além disso, mais do que um fenômeno forçado em si, parece estarmos diante de algo ínsito ao novo desenho institucional do nosso sistema.

Conclusão

Importante tendência que se percebe cada vez mais presente no processo civil em geral e devido à sua repercussão também na seara coletiva, mostrou-se relevante realizar essa análise acerca da política e das relações sociais, com grande foco no ativismo judicial, que remete à expressão consagrada nos Estados Unidos da América, entre 1954 e 1969, quando a Suprema Corte adotou jurisprudência progressista em relação aos direitos fundamentais sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. Excluindo a crítica ideológica, que pode ser progressista ou conservadora, o ativismo ju-

⁸⁹ WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 223.

⁹⁰ PUOLI, José Carlos Baptista Puoli. Artigo 1º, LACP. In: COSTA, Susana Henriques da. (Coord.). **Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p.329.

dicial está diretamente relacionado à maior participação do Poder Judiciário na concretização dos valores constitucionais, interferindo na esfera de atuação dos outros dois poderes, na clássica repartição de poderes, como previsto no artigo 2º da Constituição Federal, ou, simplesmente, assumindo espaços vazios. Esta é a origem do termo que retrata bem o seu contorno, no entanto, não há homogeneidade na doutrina quando se trata de conceituar o ativismo judicial. Luís Roberto Barroso diferencia-o da judicialização. Para o autor, o ativismo judicial se trata de uma atitude, ou seja, um modo proativo de interpretar a Constituição Federal, de forma a expandir o seu sentido e o seu alcance. Já a judicialização é uma circunstância do desenho institucional brasileiro. No entanto, há autores (Fredie Didier Jr. e Hermes Zanetti Jr.) que enquadram o ativismo judicial como um princípio do processo civil coletivo, caracterizado, principalmente, pela maior participação do magistrado nos processos coletivos, em razão da existência de forte interesse público primário nessas causas. Preferimos, neste artigo, classificá-lo como uma tendência que tem forte ligação com o processo civil coletivo e inúmeros efeitos exerce sobre ele, de forma a demandar uma maior análise de seus limites e possibilidades.

Apesar da constatação do aumento dos poderes do juiz no processo civil, essa maior liberdade não significa a abertura de espaço para arbitrariedades. Assim, necessário se faz a imposição de limites. Importante fator limitativo da atuação judicial é o princípio da necessária motivação das decisões, consagrado no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. Através dele é possível observar se a decisão está em conformidade com o ordenamento jurídico e com os elementos fático-casuísticos. Além disso, não se exclui a responsabilidade civil dos juízes, em sua atuação como agente público. Claro é que há significativo aumento do dever de cuidado e da responsabilidade de cada magistrado, mas contar somente com esses fatores leva à insegurança jurídica pela falta de previsibilidade no exercício do poder político conferido ao Poder Judiciário.

Quanto ao novo papel do Poder Judiciário e o acesso à justiça, o controle jurisdicional tem se estendido para o campo das políticas públicas, assegurando também liberdades positivas. O Poder Judiciário não tem reconhecida a sua legitimidade em criar diretrizes para políticas públicas, mas, uma vez que exista um direito assegurado na Constituição ou na lei infraconstitucional, o magistrado é chamado a intervir de forma a concretizar um direito previsto. Exemplos nesse sentido se multiplicam na jurisprudência dos Tribunais Superiores, como no fornecimento de creches, na reforma de prédios públi-

cos, como presídios e hospitais, etc. Há diversos argumentos contra essa intervenção do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas, tais como a violação à separação dos poderes; o dogma da discricionariedade administrativa e a reserva do possível. No entanto, esses argumentos têm sido descartados na prática diante da premente necessidade da resolução de conflitos envolvendo direitos fundamentais, que têm sido levados à porta do Poder Judiciário. Um dos fundamentos para a atuação do Poder Judiciário na seara de direitos fundamentais e sua efetivação através de políticas públicas é a nova posição jurídica dos princípios, que deixaram de ser somente fundamentos axiológicos para ser normas jurídicas dotadas de eficácia. Os limites para a intervenção do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas são encontrados na decisão monocrática do Ministro Celso de Mello na ADPF n. 45/9, que envolvem basicamente três linhas: o mínimo existencial a ser garantido a todo cidadão, a razoabilidade da pretensão deduzida frente ao Poder Público e a existência de disponibilidade financeira nos cofres públicos para a efetivação das prestações exigidas. Nessa seara em análise, o contraditório cooperativo entre as partes e o magistrado é extremamente relevante para a efetiva troca de informações, assim como a participação de especialistas da sociedade na formação da decisão, de *lege ferenda*, como, por exemplo, a ampliação do uso da figura do *amicus curiae* no processo coletivo e das audiências públicas, como previa o rejeitado Projeto de Lei n. 5.139 de 2009. Embora o tema tenha recebido grande atenção por parte da doutrina e da jurisprudência, não significa a sua supervalorização. A intervenção judicial continua a ser a *ultima ratio* diante da inércia dos demais poderes e somente justifica-se em casos que envolvam o mínimo existencial.

RICHTER, B. M. P., The judicialization of social relations and judicial activism as a tendency: consequences in class actions in Brazil – limits and possibilities. *Justitia*, São Paulo, v. 209/210/211/212, p. 199-226, Jan./Dec. 2017-2018.

- **ABSTRACT:** The difference between the judicialization of social relations and judicial activism is studied in the context of Brazilian class actions. Limits to this reality are presented to define public policies in Brazil by Judicial Power. This subject has gained a great amount of attention and time by authors and Courts. However, it does not mean that it is overrated. The judicial intervention remains *ultima ratio* and it only happens when the remaining powers are unable to perform their duties and when the minimum regarding one's dignity is involved.

- **KEYWORDS:** Civil Procedure. Social Rights. Class Action. Public Policies. Limits. Possibilities.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BENTHAM, Jeremy. The limits of jurisprudence defined. New York: Columbia University Press, 1945.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. Poderes do juiz e princípio do contraditório. Revista de Processo, n. 195, ano 36, maio 2011. São Paulo, Revista dos Tribunais. (p.279-308).

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

_____. Juízes legisladores? Trad. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Governança judicial: modelos de controle das atividades dos sujeitos processuais. Tese de doutorado Professor Orientador: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: USP, 2008.

COSTA, Susana Heniques da. O Poder Judiciário no controle de políticas públicas: uma breve análise de alguns precedentes do STF. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). O controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DENTI, Vittorio. La giustizia civile: lezioni introduttive. Bologna: il Mulino, 1989.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. v.4. 5.ed. Salvador: JusPodium, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, José Eduardo. Ordem legal X mudança social: a crise do Judiciário e a formação do magistrado. In: FARIA, José Eduardo. (Org.). Direito e justiça: a função social do Judiciário. 3.ed. São Paulo: Editora Ática, 1997.

FERRARESI, Eurico. A responsabilidade do Ministério Público no controle das políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo.

(Coord.). O controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A marcha do processo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____; NERY JR., Nelson; WATANABE, Kazuo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Vol.2: processo coletivo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GUERRA, Marcelo Lima. O que é um juiz? Revista de Processo, n. 191, ano 36, janeiro 2011, p.321-337.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édis. (Coord.). Ação civil pública: Lei n. 7.347/1985 – 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARSHALL, Thomas Humphrey. Citizenship and social class. Disponível em: <<http://delong.typepad.com/marshall-citizenship-and-social-class.pdf>>. Acesso em: 08 de julho de 2018.

OLIVEIRA, Swarai Cervone de. Poderes do juiz nos processos coletivos. In: CALMON, Petrônio; CIANCI, Mirna; GOZZOLI, Maria Clara; QUARTIERI, Rita (Coord.). Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010.

PUOLI, José Carlos Baptista Puoli. Artigo 1º, LACP. In: COSTA, Susana Henriques da. (Coord.). Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. Os poderes do juiz e as reformas do processo civil. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). O controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Código do consumidor e processo civil: aspectos polêmicos. Revista dos Tribunais, ano 80, setembro de 1991, vol. 671, p.32-39, São Paulo.

URBANO, Maria Benedita. The law of judges: attempting against Montesquieu's Legacy or a new configuration for na old principle? In: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Volume LXXXVI, ano 2010, p.621-639.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional das políticas públicas – “mínimo existencial” e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). O controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Coord.). O controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

A Regularização Fundiária Urbana nas Unidades de Conservação e nas Áreas de Proteção aos Mananciais

Marcos Roberto FUNARI*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Aspectos legais e conceituais da ordem urbanística, das Unidades de Conservação e das Áreas de Proteção aos Mananciais. 2 A regularização fundiária urbana nas Unidades de Conservação. 3 A regularização fundiária urbana nas Áreas de Proteção aos Mananciais. Conclusão. Referências.
- **RESUMO:** O aumento populacional e o grande número de pessoas que se transferem para as cidades, ou entre as cidades, em busca de melhores condições de vida, não têm encontrado o suficiente amparo da infraestrutura dos municípios, principalmente nos grandes centros, provocando ocupações desordenadas do espaço territorial, com o aumento, em grandes proporções, da população dos bairros de periferia, carentes moradia digna, de hospitais, escolas, espaços de lazer e segurança. O fracasso em ordenar a ocupação do território das cidades tem levado o Poder Público a dar tratamento jurídico específico às ocupações irregulares. Nesse processo de urbanização, é premente a necessidade de conciliar a acomodação dos assentamentos humanos com a preservação dos atributos ambientais dos espaços territoriais e seus componentes especialmente protegidos. Este artigo discorre sobre a regularização de ocupações consolidadas em Unidades de Conservação e em Áreas de Proteção aos Mananciais.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Regularização fundiária. Unidades de Conservação. Áreas de Proteção aos Mananciais.

Introdução

O sentido de regularizar implica considerar que algo de irregular ocorreu e que precisa ser corrigido, posto em ordem.

* Promotor de Justiça junto ao Centro de Apoio Operacional de Habitação, Urbanismo e Meio Ambiente do Ministério Público de São Paulo. Mestrando em Direitos Humanos pela PUC-SP

Tratar da regularização fundiária urbana exige que se discorra sobre crescimento desordenado da cidade, fruto de fenômenos como o êxodo rural e a migração, movimentação que as pessoas realizam, primordialmente, na busca de melhores condições de vida.

A mudança do campo para a cidade, ou de regiões do país e centros urbanos, pode ser atribuída à mecanização da produção rural, a condições climáticas por vezes desfavoráveis (secas e inundações), bem assim à expectativa de obtenção de empregos com melhor remuneração e de infraestrutura e de serviços públicos adequados, especialmente de saúde e educação.

Contudo, não é o que sempre se alcança no dia a dia dos centros urbanos, pois, definitivamente, eles não estão preparados para receber grande quantidade de novos moradores, a par do incremento populacional decorrente da reprodução humana. Os empregos não são suficientes, verificando-se o crescimento do trabalho informal. Surgem, também, as ocupações desordenadas do espaço urbano, resultando no aumento, em grandes proporções, da população dos bairros de periferia, carentes de hospitais, escolas, espaços de lazer e segurança.

Emergem megalópoles, aglomerações urbanas e regiões metropolitanas, com suas peculiaridades jurídicas, urbanísticas, sociais e ambientais.

Esses fenômenos iniciaram há décadas, criando um importante passivo de problemas urbanísticos e ambientais.

Ao longo desse período, o legislador tem buscado, sem sucesso, disciplinar a ocupação do solo urbano. O que se assiste é ao surgimento da cidade informal, ou da “cidade oculta, disfarçada e dissimulada” de que trata Ermínia Maricato¹.

Afinal, “por ter o direito à habitação uma característica especial de ser o ambiente por meio do qual a pessoa, ou família vai ter como base a efetivação e consagração de muitos outros direitos, aborda-se a ligação forte e frequente entre este e outros direitos como: o direito de ser livre de todo tipo de discriminação, de estar livre de tratamento cruel, desumano e degradante, à saúde, ao trabalho, ao desenvolvimento, entre outros”².

O fracasso em ordenar a ocupação do espaço urbano tem levado o Poder Público a dar tratamento jurídico específico às ocupações irregulares, a

¹ Ermínia Maricato, *Metrópole na Periferia do Capitalismo*, São Paulo: Hucitec, 1996, p., 16.

² Valéria Zanette, *O Direito humano à habitação condigna*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 4.

partir de normas que disciplinam o instituto da regularização fundiária, seja no meio rural, seja no urbano.

Este trabalho se ocupa da regularização fundiária urbana e, mais especificamente, da regularização fundiária das ocupações verificadas nas Unidades de Conservação e nas Áreas de Proteção aos Mananciais.

1 Aspectos legais e conceituais da ordem urbanística, das unidades de conservação e das áreas de proteção aos mananciais

A ocupação desordenada do espaço urbano tem provocado problemas sociais, econômicos e ambientais relevantes, quer pelas interferências nas relações interpessoais, quer pelos desafios complexos que traz ao Poder Público no tocante à implementação eficaz de políticas públicas correlacionadas à urbanização, ao direito à moradia e à preservação do meio ambiente.

A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, nos moldes do art. 182 da Constituição Federal.

Reconhecendo-a como direito fundamental, a Constituição Federal, no art. 5º, XXIII, estabelece que a propriedade atenderá à sua função social.

Da mesma maneira, a função social da propriedade deverá informar a ordem econômica e social (art. 170, III, da Carta Magna).

E a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (§ 2º. do art. 182 da Constituição Federal).

O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana (§ 1º. do art. 182 da Constituição Federal).

De acordo com o Código Civil, o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas (§ 1º. do art. 1.228).

Por sua vez, a preocupação com a moradia digna consta da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Em seu art. XXV, 1, prevê que todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar, individualmente e à família, saúde e bem-estar, inclusive no que toca à habitação.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, traz a previsão de que os Estados Partes, e o Brasil é um deles, devem reconhecer o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive o direito à moradia adequada.

Na Constituição Federal de 1988, a partir da Emenda 26/2000, o direito à moradia foi incluído entre os direitos sociais elencados no art. 6º.

Compete à União instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação (art. 21, XX), bem como à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (art. 23, IX).

Sob o aspecto de proteção ao meio ambiente, a Constituição, no art. 225, dita que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público, dentre outras obrigações preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; bem como proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade (§ 1º. do art. 225).

As Unidades de Conservação e as Áreas de Proteção aos Mananciais são definidas justamente em decorrência da previsão constitucional do art. 225, § 1º., III, da Constituição Federal.

São espécies de espaços especialmente protegidos.

Por conceituação legal, as Unidades de Conservação são espaços territoriais e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituídas pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, aos quais se aplicam garantias adequadas de proteção (art. 2º., I, da Lei 9.985/2000).

O grau de proteção conferido às Unidades de Conservação levou o legislador a distingui-las entre Unidades de Proteção Integral e Unidades de Uso Sustentável.

Nas Unidades de Proteção Integral não se admite uso direto de recursos naturais. Usos indiretos permitidos envolvem pesquisas científicas e visitas, por exemplo.

O objetivo básico das Unidades de Uso Sustentável é compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais.

Já as Áreas de Proteção aos Mananciais não possuem disciplina específica em legislação federal. A delimitação desses espaços destina-se a garantir a provisão de água para o abastecimento público.

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº. 6.938/1981) estabelece como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente a criação de espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público (art. 9º., VI).

A Constituição do Estado de São Paulo, por exemplo, cataloga os mananciais como Áreas de Proteção Permanente, ao lado das nascentes e das matas ciliares (art. 197, II).

Ainda a título de exemplo, no Estado de São Paulo vigora a Lei Estadual 9.866, de 28 de novembro de 1997, que dispõe sobre diretrizes e normas para a proteção e recuperação das bacias hidrográficas dos mananciais de interesse regional do Estado de São Paulo e define a Área de Proteção e Recuperação dos Mananciais (APRM) como uma ou mais sub-bacias hidrográficas dos mananciais de interesse regional para abastecimento público.

A lei estadual em comento dispõe que as APRMs, suas Áreas de Intervenção e respectivas diretrizes e normas ambientais e urbanísticas de interesse regional serão criadas através de lei estadual. De consequência, atualmente estão instituídas no Estado de São Paulo a APRM Guarapiranga, a APRM Billings, a APRM Alto Juquery, a APRM Alto Tietê Cabeceiras e a APRM Alto Cotia.

Alguns municípios também possuem suas Área de Proteção e Recuperação dos Mananciais, delimitadas por legislação local.

2 A regularização fundiária urbana nas Unidades de Conservação

As normas gerais e os procedimentos aplicáveis à regularização fundiária urbana no Brasil estão atualmente previstos na Lei 13.465/17, regulamentada pelo Decreto 9.310, de 15 de março de 2018, por sua vez alterado pelo Decreto 9.597, de 04 de dezembro de 2018.

Em seu art. 9º, a Lei 13.465/17 dispõe que a Regularização Fundiária Urbana (Reurb) abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes.

É certo que os Poderes Públicos formularão e desenvolverão no espaço urbano as políticas de suas competências de acordo com os princípios de sustentabilidade econômica, social e ambiental e ordenação territorial, buscando a ocupação do solo de maneira eficiente, combinando seu uso de forma funcional (§ 1º. do art. 9º.).

Por consequência, foram fixados os seguintes objetivos da regularização fundiária urbana, a serem observados pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, nos termos do art. 10 da Lei 13.465/17: identificar os núcleos urbanos informais que devam ser regularizados, organizá-los e assegurar a prestação de serviços públicos aos seus ocupantes, de modo a melhorar as condições urbanísticas e ambientais em relação à situação de ocupação informal anterior; criar unidades imobiliárias compatíveis com o ordenamento territorial urbano e constituir sobre elas direitos reais em favor dos seus ocupantes; ampliar o acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, de modo a priorizar a permanência dos ocupantes nos próprios núcleos urbanos informais regularizados; promover a integração social e a geração de emprego e renda; estimular a resolução extrajudicial de conflitos, em reforço à consensualidade e à cooperação entre Estado e sociedade; garantir o direito social à moradia digna e às condições de vida adequadas; garantir a efetivação da função social da propriedade; ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes; concretizar o princípio constitucional da eficiência na ocupação e no uso do solo; prevenir e desestimular a formação de novos núcleos urbanos informais; conceder direitos reais, preferencialmente em nome da mulher; franquear participação dos interessados nas etapas do processo de regularização fundiária.

A regularização pode admitir o uso misto de atividades como forma de promover a integração social e a geração de emprego e renda no núcleo urbano informal regularizado (art. 13, § 4º., da Lei 13.465/17).

A regularização fundiária urbana (Reurb) nas Unidades de Conservação é abordada pela Lei 13.465/17 no art. 11, §§ 2º. e 3º.

Assim, constatada a existência de núcleo urbano informal situado, total ou parcialmente, em área de Unidade de Conservação de Uso Sustentável definida pela União, Estados ou Municípios, a Reurb observará, também,

o disposto nos arts. 64 e 65 da Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012 (Código Florestal), hipótese na qual se torna obrigatória a elaboração de estudos técnicos que justifiquem as melhorias ambientais em relação à situação de ocupação informal anterior, inclusive por meio de compensações ambientais, quando for o caso.

Se porventura a Reurb abranger área de Unidade de Conservação de Uso Sustentável que, nos termos da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, admita regularização, será cobrada também a anuência do órgão gestor da unidade, desde que estudo técnico comprove que essas intervenções de regularização fundiária implicam a melhoria das condições ambientais em relação à situação de ocupação informal anterior, exigindo-se, outrossim, as compensações ambientais necessárias.

A primeira conclusão a ser tirada da análise desse dispositivo legal é a de que somente é possível a Reurb nas Unidades de Conservação de Uso Sustentável.

Não cabe a Reurb nas Unidades de Conservação de Uso Integral, porque ali é proibido o uso direto de recursos naturais. Nesses espaços, exige-se a manutenção dos ecossistemas livres de alterações causadas por interferência humana, admitindo-se apenas o uso indireto dos seus bens ambientais, ou seja, aquele que não envolve consumo, coleta, dano ou destruição (art. 2º. da Lei 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC).

De acordo com o art. 42 da Lei 9.985/2000, as populações tradicionais, residentes em unidades de conservação nas quais sua permanência não seja permitida serão indenizadas ou compensadas pelas benfeitorias existentes e devidamente realocadas pelo Poder Público, em local e condições acordados entre as partes.

Até que seja possível efetuar o reassentamento das populações tradicionais em questão, serão estabelecidas normas e ações específicas destina-

³ “(1) São grupos humanos culturalmente diferenciados, vivendo há, no mínimo, três gerações em um determinado ecossistema, historicamente reproduzindo seu modo de vida, em estreita dependência do meio natural para sua subsistência e utilizando os recursos naturais de forma sustentável. (2) População vivendo em estreita relação com o ambiente natural, dependendo de seus recursos naturais para a sua reprodução sociocultural, por meio de atividades de baixo impacto ambiental”, observado que o conceito do item 2 é dado pela Lei 11.428/2006, cf. PIREs, Paulo de Tarso de Lara (org.). Dicionário de termos florestais. Curitiba: FUPEF, 2018, p. 73.

das a compatibilizar a presença delas com os objetivos da unidade, sem prejuízo dos modos de vida, das fontes de subsistência e dos locais de moradia dessas mesmas populações, assegurando-se a sua participação na elaboração das referidas normas e ações.

Uma segunda condição é que, em se tratando de regularização em Unidades de Conservação de Uso Sustentável, a respectiva modalidade admita a consolidação da ocupação.

Recorde-se que a Lei 9.985/2000 elenca sete tipos de Unidades de Conservação de Uso Sustentável: Área de Proteção Ambiental, Área de Relevante Interesse Ecológico, Floresta Nacional, Reserva Extrativista, Reserva de Fauna, Reserva de Desenvolvimento Sustentável e Reserva Particular do Patrimônio Natural.

Dessas, por exemplo, a Área de Proteção Ambiental, pela dicção do art. 15 da Lei 9.985/2000, está, em tese, apta à Reurb, porquanto conceituada como uma área em geral extensa, com um certo grau de ocupação humana, dotada de atributos abióticos, bióticos, estéticos ou culturais especialmente importantes para a qualidade de vida e o bem-estar das populações humanas, e tem como objetivos básicos proteger a diversidade biológica, disciplinar o processo de ocupação e assegurar a sustentabilidade do uso dos recursos naturais.

O mesmo não ocorre, porém, com a Floresta Nacional, que é uma área com cobertura florestal de espécies predominantemente nativas e tem como objetivo básico o uso múltiplo sustentável dos recursos florestais e a pesquisa científica, com ênfase em métodos para exploração sustentável de florestas nativas. Só se admite, nesse espaço especialmente protegido, a permanência de populações tradicionais que a habitem quando de sua criação (art. 17 da Lei 9.985/2000).

A Lei 13.465/17 classifica a regularização fundiária em Reurb de Interesse Social (Reurb-S) e em Reurb de Interesse Específico (Reurb-E).

Pelo art. 13 da norma em comento, a Reurb de Interesse Social (Reurb-S) é a regularização fundiária aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda, assim declarados em ato do Poder Executivo municipal.

Já a Reurb de Interesse Específico (Reurb-E), por exclusão, é a regularização fundiária aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados por população não qualificada na hipótese acima.

Não existe distinção ou impedimento legal para a regularização fundiária de Interesse Social ou de Interesse Específico nas Unidades de Conservação de Uso Sustentável.

Ambas as modalidades foram expressamente admitidas, tendo a Lei 13.465/17 promovido alterações nos arts. 64 e 65 da Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012 (Código Florestal), prevendo requisitos específicos, conforme se trate de uma ou outra modalidade de Reurb a ser implementada.

As especificidades dizem respeito ao conteúdo do estudo técnico ambiental, conforme se percebe da análise dos §§ 5º e 6º do art. 4º. do Decreto 9.310/2018.

Antes de abordarmos esses requisitos diferenciadores, é preciso anotar que o estudo técnico ambiental poderá ser feito em fases ou etapas e é obrigatório para as parcelas dos núcleos urbanos informais situados nas Unidades de Conservação de Uso Sustentável ou nas Áreas de Proteção de Mananciais. A parte do núcleo urbano informal não afetada pelo estudo poderá ter seu projeto de regularização fundiária aprovado e levado a registro separadamente.

No entanto, é de todo recomendável que os estudos contemplem toda a ocupação.

Vamos, então, à distinção das exigências do estudo técnico ambiental, conforme se trate de Reurb-S ou de Reurb-E.

Na Reurb de Interesse Social - Reurb-S, ele deverá comprovar que as intervenções da regularização fundiária implicam a melhoria das condições ambientais em relação à situação de ocupação informal anterior com a adoção das medidas nele preconizadas e deverá conter, no mínimo, os seguintes elementos previstos no art. 64 da Lei 12.651/2012 (Código Florestal): I - caracterização da situação ambiental da área a ser regularizada; II - especificação dos sistemas de saneamento básico; III - proposição de intervenções para a prevenção e o controle de riscos geotécnicos e de inundações; IV - recuperação de áreas degradadas e daquelas não passíveis de regularização; V - comprovação da melhoria das condições de sustentabilidade urbano-ambiental, considerados o uso adequado dos recursos hídricos, a não ocupação das áreas de risco e a proteção das unidades de conservação, quando for o caso; VI - comprovação da melhoria da habitabilidade dos moradores propiciada pela regularização proposta; e VII - demonstração de garantia de acesso livre e gratuito pela população às praias e aos corpos d'água, quando couber.

Na Reurb de Interesse Específico - Reurb-E, o estudo técnico ambiental, além de comprovar que as intervenções da regularização fundiária implicam a melhoria das condições ambientais em relação à situação de ocupação informal anterior com a adoção das medidas nele preconizadas, deverá conter, no mínimo, os seguintes elementos previstos no art. 65 da Lei 12.651/2012: I -

caracterização físico-ambiental, social, cultural e econômica da área; II - identificação dos recursos ambientais, dos passivos e das fragilidades ambientais e das restrições e potencialidades da área; III - especificação e a avaliação dos sistemas de infraestrutura urbana e de saneamento básico implantados, além de outros serviços e equipamentos públicos; IV - identificação das unidades de conservação e das áreas de proteção de mananciais na área de influência direta da ocupação, sejam elas águas superficiais ou subterrâneas; V - especificação da ocupação consolidada existente na área; VI - identificação das áreas consideradas de risco de inundações e de movimentos de massa rochosa, tais como deslizamento, queda e rolamento de blocos, corrida de lama e outras definidas como de risco geotécnico; VII - indicação das faixas ou áreas em que devem ser resguardadas as características típicas da área de preservação permanente com a proposta de recuperação de áreas degradadas e daquelas não passíveis de regularização; VIII - avaliação dos riscos ambientais; IX - comprovação da melhoria das condições de sustentabilidade urbano-ambiental e de habitabilidade dos moradores a partir da regularização; e X - demonstração de garantia de acesso livre e gratuito pela população às praias e aos corpos d'água, quando couber.

Portanto, na Reurb-E o estudo técnico ambiental é bem mais completo e complexo do que na Reurb-S, porque a caracterização da situação do núcleo urbano vai além da ambiental, incluindo elementos físico-ambientais, sociais, culturais e econômicos da área. Deverão ser identificados os recursos ambientais, os passivos e as fragilidades da área, bem como as restrições e potencialidades de ocupação.

Enquanto na Reurb-S exige-se apenas a especificação dos sistemas de saneamento básico, na regularização de interesse específico deve-se especificar e avaliar os sistemas de infraestrutura urbana e de saneamento básico implantados, além de outros serviços e equipamentos públicos.

Muito relevante é a obrigação de identificar as Unidades de Conservação e as respectivas zonas de amortecimento.

As áreas de preservação permanente com ocupação consolidada e aquelas cujas características típicas devam ser resguardadas não de ser especificadas.

A abordagem sobre as áreas de risco prevista em lei é diferenciada na Reurb-E. Enquanto na Reurb-S exige-se a proposição de intervenções para a prevenção e o controle de riscos geotécnicos e de inundações, na Reurb-E deverá haver a identificação das áreas consideradas de risco de inundações e de movimentos de massa rochosa, tais como deslizamento, queda e rolamento de blocos, corrida de lama e outras definidas como de risco geotécnico.

Entendemos, entretanto, que o termo “identificação”, utilizado pelo legislador, deve ser interpretado em sintonia com o que foi previsto para a Reurb-S no tocante às áreas de risco, ou seja, o trabalho técnico deverá trazer não só o diagnóstico dessas áreas, mas também a proposta de intervenções para prevenção e controle de acidentes e inundações.

Não teria sentido desconsiderar esses riscos tão-só porque uma espécie de regularização beneficia população de baixa renda e, a outra, aquelas que se encontrem em melhores condições econômico-financeiras. Há de haver tratamento isonômico.

Interessante anotar que a Lei 9.985/2000 (SNUC) contém dispositivos condizentes com a criação, implantação e gestão das Unidades de Conservação que devem ser harmonizados com a Lei de Regularização Fundiária Urbana.

As Unidades de Conservação são criadas por ato do Poder Público, diante de prévios estudos técnicos que identificam a necessidade de conservação de determinados recursos naturais.

Assim, a Lei 9.985/2000, estabelece o poder-dever de o Poder Público, ressalvadas as atividades agropecuárias e outras atividades econômicas em andamento e obras públicas licenciadas, na forma da lei, decretar limitações administrativas provisórias ao exercício de atividades e empreendimentos efetiva ou potencialmente causadores de degradação ambiental, para a realização de estudos com vistas na criação de Unidade de Conservação, quando, a critério do órgão ambiental competente, houver risco de dano grave aos recursos naturais ali existentes.

O Poder Público deve atuar com eficiência para impedir a consolidação de novas ocupações desordenadas do solo urbano.

Esse dever vem reafirmado, nos moldes acima expostos, pela ordem legal expressa endereçada ao Administrador, para que imponha limitações administrativas, já provisória e previamente à criação de unidades de conservação.

Vimos que não se admite regularização fundiária nas Unidades de conservação de Uso Integral e até mesmo as populações tradicionais devem ser realocadas.

É preciso recordar que as Unidades de Conservação de Uso Sustentável também podem estar ocupadas por populações tradicionais.

De acordo com o art. 23 da Lei 9.985/2000, a posse e o uso das áreas ocupadas pelas populações tradicionais nas Reservas Extrativistas e Reservas de Desenvolvimento Sustentável, modalidades de unidades de conservação de uso sustentável, serão regulados por contrato.

Entretanto, essas populações obrigam-se a participar da preservação, recuperação, defesa e manutenção da Unidade de Conservação. A exploração dos recursos naturais desses espaços obedecerá à proibição do uso de espécies localmente ameaçadas de extinção ou de práticas que danifiquem os seus habitats, a proibição de práticas ou atividades que impeçam a regeneração natural dos ecossistemas, demais normas estabelecidas na legislação, no Plano de Manejo da Unidade de Conservação e no contrato de concessão de direito real de uso.

Por seu turno, o art. 25 da Lei 9.985/2000 estabelece que as Unidades de Conservação, exceto Área de Proteção Ambiental e Reserva Particular do Patrimônio Natural, devem possuir uma zona de amortecimento (o entorno de uma unidade de conservação, onde as atividades humanas estão sujeitas a normas e restrições específicas, com o propósito de minimizar os impactos negativos sobre a unidade) e, quando conveniente, corredores ecológicos (porções de ecossistemas naturais ou seminaturais, ligando Unidades de Conservação, que possibilitam entre elas o fluxo de genes e o movimento da biota, facilitando a dispersão de espécies e a recolonização de áreas degradadas, bem como a manutenção de populações que demandam para sua sobrevivência áreas com extensão maior do que aquela das unidades individuais).

O órgão responsável pela administração da unidade estabelecerá normas específicas regulamentando a ocupação e o uso dos recursos da zona de amortecimento e dos corredores ecológicos de uma Unidade de Conservação, devendo prever a existência de ocupações passíveis de regularização fundiária.

Na mesma linha, o Plano de Manejo, de elaboração obrigatória, deve abranger a área da Unidade de Conservação, sua zona de amortecimento e os corredores ecológicos, incluindo medidas com o fim de promover sua integração à vida econômica e social das comunidades vizinhas.

De igual medida, há que se preocupar com as regularizações fundiárias possíveis e necessárias, observado que são proibidas, nas Unidades de Conservação, quaisquer alterações, atividades ou modalidades de utilização em desacordo com os seus objetivos, o seu Plano de Manejo e seus regulamentos, sob pena de os infratores se sujeitarem às sanções previstas em lei (art. 38 da Lei 9.985/2000), como, por exemplo, às reprimendas da Lei 9.605/98.

A instalação de redes de abastecimento de água, esgoto, energia e infraestrutura urbana em geral, em Unidades de Conservação onde estes

equipamentos são admitidos, depende de prévia aprovação do órgão responsável por sua administração, sem prejuízo da necessidade de elaboração de estudos de impacto ambiental e do atendimento de outras exigências legais (art. 46 da Lei 9.985/2000).

Essa mesma condição se aplica à zona de amortecimento das unidades do Grupo de Proteção Integral, influenciando, enfim, na regularização fundiária de núcleos urbanos informais, que ficará condicionada ao estudo de viabilidade ambiental, de modo a prevenir danos aos ecossistemas e bens protegidos pela Unidade de Conservação.

O pressuposto, aqui, é o alcance do equilíbrio entre o exercício do direito de propriedade e a necessidade de preservação dos atributos ambientais da Unidade de Conservação, observado que o território da Unidade de Conservação de Proteção Integral constitui área pública e o território da zona de amortecimento recai sobre propriedade privada.

Neste passo, é interessante indagar sobre a necessidade de licenciamento específico para as obras de que trata o art. 46 da Lei 9.985/2000, mencionadas linhas acima, quando vinculadas à regularização fundiária.

A resposta, atualmente, com o advento da Lei 13.465/17, é que o licenciamento se dá no âmbito mesmo do procedimento de regularização fundiária, na esfera municipal, mediante autorização do órgão responsável pela administração da Unidade de Conservação afetada.

Pela dicção do art. 36 e seu § 3º., da Lei 9.985/2000, “Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral[...]” (“caput”). E, “Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, o licenciamento a que se refere o caput deste artigo só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração, e a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo”.

Efetivamente, é do art. 12 da Lei 13.465/17 que a aprovação municipal da Reurb corresponde à aprovação urbanística, bem como à aprovação ambiental, se o Município tiver órgão ambiental tecnicamente capacitado, independentemente de convênio com o Estado ou com a União.

Somente se não possuir esse órgão ambiental tecnicamente apto é que o licenciamento será procedido pelo Estado (§ 4º do art. 12 da Lei 13.465/17).

Mas, havendo significativo impacto ambiental e sendo, portanto, caso de elaboração de EIA/RIMA (art. 225, § 1º, III, da Constituição Federal⁴), incumbe à União ou ao Estado processá-lo. É o que ocorre em São Paulo, por exemplo, com o permissivo da Lei Complementar 140/2011.

Para os efeitos legais, a área de uma Unidade de Conservação do Grupo de Proteção Integral é considerada zona rural (art. 49 da Lei 9.985/2000).

Ainda, a zona de amortecimento desse tipo de Unidade de Conservação, uma vez definida formalmente, não pode ser transformada em zona urbana (parágrafo único do art. 49 da Lei 9.985/2000).

Significa dizer que antes de se definir formalmente a zona de amortecimento de uma Unidade de Conservação de Proteção Integral, deve ser realizado um levantamento de uso e ocupação, delimitando os núcleos urbanos já instalados e que, acaso ambientalmente viáveis, possam e devam ser regularizados. Ajustada a aludida zona de amortecimento, fica vedada a acomodação de assentamentos urbanos, para garantia dos atributos ambientais que justificaram a criação da Unidade.

Em acréscimo, como bem observa Roseli Senna Ganem, “Nas UCs de proteção integral próximas a sítios urbanos ou mesmo inseridas na malha urbana, o plano de manejo deve observar as diretrizes de zoneamento expressas no plano diretor municipal. O plano diretor, previsto na Constituição Federal, art. 182, § 1º, e disciplinado pela Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (o Estatuto da Cidade), é o instrumento de planejamento municipal de ordenamento do solo. O art. 40, § 2º, do Estatuto da Cidade determina que o plano diretor deve englobar o território do Município como um todo”⁵.

Deve haver compatibilidade entre o Plano de Manejo e o Plano Diretor. A delimitação da zona de amortecimento deve ser harmonizar com o dispo-

⁴ Incumbe ao Poder Público exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.

⁵ GANEM, Roseli Senna, Zonas de Amortecimento em Unidades de Conservação. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema14/2015-515-zonas-de-amortecimento-de-unidades-de-conservacao-roseli-ganem>. Acesso em: 22/01/2019.

to no plano diretor, caso este já tenha sido elaborado e aprovado. O contrário também é verdadeiro.

O mesmo imperativo vale para as respectivas revisões desses planos.

Um instrumento útil para o controle de novas ocupações em Unidades de Conservação é o Cadastro Nacional de Unidades de Conservação previsto no art. 50 da Lei 9.985/2000, a ser obrigatoriamente organizado, mantido e divulgado pelo Ministério do Meio Ambiente, com a colaboração do Ibama e dos órgãos estaduais e municipais competentes.

Referido Cadastro conterá os dados principais de cada unidade de conservação, incluindo, dentre outras características relevantes, informações sobre espécies ameaçadas de extinção, situação fundiária, recursos hídricos, clima, solos e aspectos socioculturais e antropológicos.

Na mesma linha de controle, o art. 51 do diploma legal em comento dispõe que o Poder Executivo Federal submeterá à apreciação do Congresso Nacional, a cada dois anos, um relatório de avaliação global da situação das Unidades de Conservação federais do País.

3 A regularização fundiária urbana nas Áreas de Proteção aos Mananciais

Conforme já mencionamos no item 2 acima, as Áreas de Proteção aos Mananciais (APRM) não possuem disciplina específica em legislação federal.

A delimitação desses espaços destina-se a garantir a provisão de água para o abastecimento público.

A expansão urbana desordenada em áreas de proteção de mananciais, desacompanhada de infraestrutura urbana básica, gera degradação ambiental, com ocupações de encostas, fundos de vale, beiras de rios, córregos e várzeas por favelas e loteamentos irregulares, afetando significativamente a qualidade das fontes de abastecimento, colocando em risco a continuidade do fornecimento público de água.

Esses problemas exigem ações integradas que reduzam impactos de poluição e promovam a inclusão social, melhorando a relação entre a ocupação urbana e a manutenção dos mananciais de abastecimento público, conduzindo à sustentabilidade econômica e ambiental.

Em harmonia com o que prevê a Constituição Federal no inciso III do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, a Lei nº. 6.938/1981, no art. 9º., VI, estabelece como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente a criação de espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público, para manutenção do equilíbrio ecológico, racionalização do uso do solo, do subso-

lo, da água e do ar, controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras, recuperação das áreas degradadas e proteção daquelas ameaçadas de degradação.

Com isso, concretiza-se um dos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente insculpido no inciso VI do art. 4º, qual seja, a preservação e a restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida.

Todos os entes da Federação podem criar espaços especialmente protegidos, inclusive com restrições especiais, como a ampliação das medidas das Áreas de Preservação Permanente marginais a nascentes e cursos d'água, podem exigir a realização de estudo prévio de impactos ambientais, impedir a instalação de empreendimentos de determinados setores ou atividades, como mineração e aterros sanitários, bem como estabelecer área mínima de lotes em parcelamentos urbanos⁶.

A Constituição do Estado de São Paulo, por exemplo, cataloga expressamente os mananciais como Áreas de Proteção Permanente, ao lado das nascentes e das matas ciliares (art. 197, II).

Alguns municípios também possuem suas Área de Proteção e Recuperação dos Mananciais delimitadas por legislação local.

É possível promover a regularização fundiária de núcleos urbanos existentes nas Áreas de Proteção e Recuperação de Mananciais.

Entretanto, entendemos que a regularização deve ser precedida de exame de viabilidade que demonstre a compatibilidade da ocupação territorial com a preservação do manancial.

Somente quando constatada a possibilidade de harmonização é que se avançará para a regularização fundiária. Caso contrário, a hipótese será de desocupação e recuperação da área.

Assim, admitida a regularização na avaliação prévia referida, as regras e condições para que ela ocorra são semelhantes àquelas aplicáveis às regularizações em Unidades de Conservação, acima especificadas, salvo situações es-

⁶ TJSP, Apelação nº. 0001475-65.2010.8.26.0543, relator Des. Torres de Carvalho, julgada em 08/02/2018, tratando inclusive de tema relevante, que é o estabelecimento das metragens de área de preservação permanente marginal a reservatórios de água, abordando a vigência da Resolução Conama 302/02 e a aplicabilidade da legislação municipal mais restritiva.

peciais e peculiaridades locais previstas na legislação própria, posto que os Estados e Municípios podem impor restrições adicionais, como já mencionamos.

Assim, repise-se, constatada a existência de núcleo urbano informal situado, total ou parcialmente, em Área de Proteção de Mananciais definidas pela União, Estados ou Municípios, a Reurb observará, também, o disposto nos arts. 64 e 65 da Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, hipótese na qual se torna obrigatória a elaboração de estudos técnicos que justifiquem as melhorias ambientais em relação à situação de ocupação informal anterior, inclusive por meio de compensações ambientais, quando for o caso.

Ainda que as Áreas de Proteção e Recuperação de Mananciais estejam situadas em zona rural, aplicam-se as disposições da regularização fundiária urbana previstas na Lei 13.465/17 e no Decreto 9.310/18, ante a conceituação do que seja núcleo urbano: assentamento humano, com uso e características urbanas, constituído por unidades imobiliárias de área inferior à fração mínima de parcelamento prevista na Lei nº 5.868, de 12 de dezembro de 1972, independentemente da propriedade do solo, ainda que situado em área qualificada ou inscrita como rural.

Pela Lei 13.465/17, a definição da incidência, à hipótese de regularização do núcleo urbano, do art. 64 ou do art. 65 do Código Florestal, decorre da classificação da regularização em Reurb-S (de interesse social) ou Reurb-E (de interesse específico).

No tocante à Reurb-E em Área de Proteção de Mananciais, diferente do que se verifica na Reurb-S, o estudo técnico ambiental deve identificar não apenas os mananciais superficiais, como também os subterrâneos.

Mas entendemos que não há razão para diferenciação, de modo que também para a Reurb S devem ser identificados os mananciais subterrâneos, dada a importância de que se revestem no caso.

De acordo com o art. 12 da Lei 13.465/17, a aprovação municipal da Reurb corresponde à aprovação urbanística do projeto de regularização fundiária, bem como à aprovação ambiental, se o Município tiver órgão ambiental capacitado.

Considera-se órgão ambiental capacitado, o órgão municipal que possua em seus quadros ou à sua disposição profissionais com atribuição técnica para a análise e a aprovação dos estudos técnicos que instruirão o procedimento de regularização, independentemente da existência de convênio com os Estados ou a União.

Tanto que, finalizado o procedimento da Reurb, será expedida pelo Município a Certidão de Regularização Fundiária (CRF): documento constituído

do projeto de regularização fundiária aprovado, do termo de compromisso relativo à sua execução e, no caso da legitimação fundiária e da legitimação de posse, da listagem dos ocupantes do núcleo urbano informal regularizado, da devida qualificação destes e dos direitos reais que lhes foram conferidos (art. 11 da Lei 13.465/12).

A aprovação ambiental da Reurb será feita pelos Estados se o Município não reunir capacidade técnica para a aprovação dos estudos referidos linhas acima (§ 4º. do art. 12 da Lei 13.465/17).

Quando a área de mananciais for fixada pelo Estado, como em São Paulo, esse ente federativo há de participar do processo de licenciamento, integrando-se com o município para isso, ressalvado o disposto no § 4º do art. 12 da Lei 13.465/17.

Conclusão

Já frisamos que o fracasso em ordenar a ocupação do território das cidades tem levado o Poder Público a dar tratamento jurídico específico às ocupações irregulares, a partir de normas que disciplinam o instituto da regularização fundiária, seja no meio rural, seja no urbano.

É premente a necessidade de se conciliar a acomodação dos assentamentos humanos com a preservação dos atributos ambientais desses espaços territoriais e seus componentes especialmente protegidos.

Os institutos jurídicos aqui abordados almejam atingir esses objetivos, mas não podemos deixar de consignar a preocupação com a imperiosidade da atuação do Poder Público visando a suprir o déficit habitacional existente no País e a impedir a formação de núcleos urbanos informais, para o próprio bem dos ocupantes, sabido que, na impossibilidade do controle antecipado, surgirão problemas sociais, econômicos e ambientais de difícil, quando não de impossível solução.

Somente assim será possível garantir o direito social à moradia digna e às condições de vida adequadas, primar pela efetivação da função social da propriedade, ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, ou, enfim, concretizar o princípio constitucional da eficiência na ocupação e no uso do solo, metas tais que estão expressamente elencadas na novel Lei 13.465/17 e em seu regulamento, ditado pelo Decreto 9.310/2018.

- **ABSTRACT:** The increase in population and the flow of people who move to cities or between cities in search of better living conditions have not found a correspondence in the reception infrastructure, especially in the large centers, leading to the emergence of disorderly occupations of the territorial space, with a large increase in the population of suburban neighborhoods, lacking decent housing, hospitals, schools, leisure and security spaces. The failure to order the occupation of the cities territory has led the Government to give specific legal treatment to irregular occupations. It is urgent to reconcile the accommodation of human settlements with the preservation of the environmental attributes of these territorial spaces and their specially protected components. This article discusses the regularization of consolidated occupations in Environmental Conservation Areas and in Water Supply Protection Areas.
- **KEYWORDS:** Legal treatment to irregular occupations. Environmental Conservation Areas. Water Supply Protection Areas.

Referências

- GANEM, Roseli Senna, Zonas de Amortecimento em Unidades de Conservação. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema14/2015-515-zonas-de-amortecimento-de-unidades-de-conservacao-roseli-ganem>. Acesso em: 22/01/2019.
- MARICATO, Ermínia. Metrópole na Periferia do Capitalismo. São Paulo: Hucitec, 1996.
- PIRES, Paulo de Tarso de Lara (org.). Dicionário de termos florestais. Curitiba: FUPF, 2018.
- SÃO PAULO (Estado). Secretaria do Meio Ambiente. Unidades de Conservação da Natureza. São Paulo: 2014.
- _____, Ministério Público. Centro de Apoio Operacional de Meio Ambiente, Habitação e Urbanismo. Temas de direito ambiental. São Paulo: Imprensa Oficial, 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MACHADO, Paulo Affonso Leme; Fensterseifer, Tiago. Constituição e legislação ambiental comentadas. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZANETTE, Valéria, O Direito humano à habitação condigna, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.