

Organizadores:  
Stefano Civitarese Matteucci  
Adriano Tacca  
Cristhian Magnus de Marco

**Liberdade, Contrato e Propriedade:**  
por um Direito Privado Contemporâneo frente  
à complexidade social e a experiência jurídica



**Vol. 1**

**PPGD**  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO E DOUTORADO

**editora**  
**unoesc**

**Editora Unoesc**

**Coordenação**  
Tiago de Matia

Agente administrativa: Simone Dal Moro  
Revisão metodológica: Esther Arnold  
Projeto Gráfico e capa: Saimon Vasconcellos Guedes  
Diagramação: Saimon Vasconcellos Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

Liberdade, contrato e propriedade: por um direito privado contemporâneo frente à complexidade social e a experiência jurídica: volume 1 / organizadores Stefano Civitaresse Matteucci, Adriano Tacca, Crithian Magnus De Marco. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2021.  
345 p. ; 23 cm.

ISBN e-book: 978-65-86158-74-8  
Inclui bibliografia

1. Direitos fundamentais. 2. Liberdade. 3. Propriedade. 4. Direito privado. I. Matteucci, Stefano Civitaresse, (org.). II. Tacca, Adriano, (org.). III. De Marco, Crithian Magnus, (org.).

Dóris 341.27

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca da Unoesc de Joaçaba

**Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc**

Reitor  
Aristides Cimadon

Vice-reitores de Campi  
Campus de Chapecó  
Carlos Eduardo Carvalho  
Campus de São Miguel do Oeste  
Vitor Carlos D'Agostini  
Campus de Videira  
Ildo Fabris  
Campus de Xanxerê  
Genesio Téó

Pró-reitora Acadêmica  
Lindamir Secchi Gadler

**Conselho Editorial**

Pró-reitor de Administração  
Ricardo Antonio De Marco

Jovani Antônio Steffani  
Tiago de Matia  
Sandra Fachineto  
Aline Pertile Remor  
Lisandra Antunes de Oliveira  
Marilda Pasqual Schneider  
Claudio Luiz Orço  
Ieda Margarete Oro  
Silvio Santos Junior  
Carlos Luiz Strapazzon  
Wilson Antônio Steinmetz  
César Milton Baratto  
Marconi Januário  
Marcieli Maccari  
Daniele Cristine Beuron

**A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.**

# SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO DOS ORGANIZADORES .....	5
APRESENTAÇÃO DA COLETÂNEA .....	7
APRESENTAÇÃO DOS AUTORES.....	9
OS ELEMENTOS ESTRUTURANTES DA TEORIA DO FATO JURÍDICO PONTEMIRANDIANA REVISITADOS À LUZ DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA GADAMERIANA .....	21
NOVAS FORMAS DE VULNERABILIDADE DA PESSOA HUMANA NO MUNDO ONLIFE: A PUBLICIDADE COMPORTAMENTAL ONLINE E A AUTONOMIA DO INDIVÍDUO.....	63
NEGÓCIOS JURÍDICOS E SUA RESSIGNIFICAÇÃO FRENTE À NEGOCIALIZAÇÃO DA VIDA PELA INSUFICIÊNCIA DO DIREITO.....	105
IN DUBIO PRO ADERENTE E INTERPRETAÇÃO INTEGRATIVA: NOTAS ACERCA DA DIFÍCIL ARTE DE JULGAR .....	127
A RELAÇÃO DE CONSUMO NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO: UMA LEITURA A PARTIR DO DIÁLOGO DAS FONTES.....	137
O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E SUA RECEPÇÃO NO DIREITO FRANCÊS .....	161
ATUAÇÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE: GARANTIA DA LIVRE CONCORRÊNCIA EM BENEFÍCIO DO CONSUMIDOR OU INTERVENÇÃO NO MERCADO?.....	189
TELEMEDICINA: PERSPECTIVAS E ANÁLISE DA DEFICIÊNCIA LEGISLATIVA FRENTE A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS .....	213

DIP FINANCING: APONTAMENTOS SOBRE O FINANCIAMENTO DE  
EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL APÓS A LEI N. 14.112/2020 .....237

O ACESSO AOS SERVIÇOS JURÍDICOS NA ERA DIGITAL:  
DIFICULDADE OU FACILIDADE PARA OS USUÁRIOS? .....275

FUNÇÃO JURÍDICO-SOCIAL DA MÍDIA: O PAPEL E A QUALIDADE  
JURÍDICA DO CONTEÚDO CRIMINAL DIVULGADO PELA MÍDIA  
TELEVISIVA BRASILEIRA.....307

## APRESENTAÇÃO DOS ORGANIZADORES

**Stefano Civitarese Matteucci**, é Doutor em Direito pela Università di Firenze. É professor ordinário na Università di Chieti Pescara, e é contratado junto a Facoltà di Economia Università del Molise, além disso hoje é colaborador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unoesc. Somado a isso é professor pesquisador honorário na York Law School, também é membro na GEV, membro do colégio de docentes do doutorado em ciência jurídica da Università degli studi di Firenze, membro do colégio de docentes do doutorado em negócios, instituições e marketing pela Università degli studi di Chieti-Pescara, membro do Comitê Diretivo de Istituzioni del Federalismo, membro da direção editorial de Diritto Pubblico. É ainda, co-diretor da série editorial de Orizzonti del Diritto Pubblico, membro do comitê de arbitro da Revista Digital de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogota, e por fim foi pesquisador visitante na York Law School, e no Real Colegio Complutense, Harvard University, Cambridge, também foi pesquisador da faculdade de direito da Universidad de Barcelona e da Faculty of Law, British Columbia University, Vancouver, foi membro da sociedade científica da Society of Legal Scholars e do I-Cons, International Society of Public Law; Law and Society Association.

**Adriano Tacca**, é Advogado e Procurador do Município de Caxias do Sul – RS, e ainda é Professor junto a FSG (Faculdade da Serra Gaúcha), possui o título de Pós-doutorado em Direito com o tema que investigou a Inteligência Artificial e suas múltiplas interfaces com o Direito (UNISINOS – 2018). Doutorado Sanduíche em Direito Público pela UNISINOS 2016 (Capes 6) e Università degli Studi G. d’Annunzio (Itália) com a Tese: Direito, Democracia e Saúde: Uma análise do potencial comunicativo do controle social e a contribuição para efetivar o direito fundamental à saúde; Mestre em Direitos Fundamentais (2008); Dissertação: A Administração Pública e a Gestão da Saúde: Perspectivas para um controle jurisdicional da Eficiência Administrativa; Especialista em Direito Processual; Professor do curso de Direito do Centro Universitário da Serra Gaúcha – FSG; Advogado.

**Cristhian Magnus de Marco**, é Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, concluído em 2017, com pesquisas sobre o princípio da sustentabilidade. Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, finalizado em 2012. Tema da tese: O direito fundamental à cidade sustentável. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, em 2000, com dissertação sobre o Município na Federação. Professor e pesquisador do Programa de Pesquisa, Extensão e Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc. Áreas de interesse: Teoria dos Direitos Fundamentais; Direito à Moradia; Desenvolvimento Sustentável.

## APRESENTAÇÃO DA COLETÂNEA

A obra compõe uma coletânea com os mais diversos Professores de Programa de Pós-Graduação em Direito do Brasil, demarcando, assim, a relevância da pesquisa em rede, dando relevo a estudos contemporâneos do direito, principalmente relativos aos direitos fundamentais civis, os quais enfrentam temas como liberdade, propriedade, contratos e família, pilares estes do direito privado e ressemantizados pelos direitos fundamentais.

Tem como objetivo central o livro trazer textos científicos que visem a compreender os direitos fundamentais civis frente aos impactos da sociedade complexa e de incertezas quanto à geração de efeitos na produção jurídica e no desenvolvimento do direito, uma vez que as repercussões dos impactos sociais abalam a estrutura jurídica tradicional, exigindo um repensar do direito perante os desafios atuais da sociedade, principalmente voltando-se à funcionalização e à humanização do direito. Assim, a disciplina busca explorar novos contornos jurídicos diante dos desafios da sociedade atual, explorando correntes transdisciplinares que dão aporte para compreender os impactos no direito frente aos três pilares do direito civil. Importante destacar que tem como interesse o estudo da pré-modernidade, modernidade e pós-modernidade dos pilares dos direitos fundamentais civis, produtores eles do direito civil.

Resta evidente que nossa rede de pesquisa é fruto da interação de vários alunos e professores, e é reflexo do Grupo de Pesquisa em Desenvolvimento Local e Cidadania Participativa, somado à proposição de nossa futura Rede de Pesquisa Internacional, a exemplo da interação, segue como organizador do livro o Professor Stefano Civitarese Matteucci, que ministrou o “Componente Curricular de ‘Tópicos Especiais em Direitos Fundamentais Civis’”, e assim propôs trazer junto a disciplina temas jurídicos

relevantes, transversais e emergentes no âmbito dos Direitos Fundamentais Cíveis, oportunizando com isso o conhecimento internacional da literatura e os casos especializados relativos a União Européia, estabelecendo assim um estudo comparativo entre os diversos sistemas jurídicos no que tange aos direitos fundamentais cíveis.

E ainda, para fortalecer a cooperação institucional e o desenvolvimento local, o Professor Críthian Magnus De Marco juntamente com o Professor Paulo Junior Trindade dos Santos, criaram grupo de estudos e pesquisa junto a Capes, que detém o nome de “Desenvolvimento Local e Cidadania Participativa”, com intuito de fortalecer e consolidar as pesquisas e aproximar o diálogo de saberes entre as disciplinas de ambos os professores.

Além disso, temos interação com vários Programas de Graduação e Grupos de Estudo, para que viéssemos absorver estudos e pesquisas atuais. Os grupos que interagimos são: 1) Virada de Copérnico – Núcleo de Estudos em Direito Civil Constitucional – Universidade Federal do Paraná; 2) Constitucionalismo Pós-Moderno, Hermenêutica e Processo: direitos humanos e novas tecnologias – Unesco; 3) Desenvolvimento Local e Cidadania Participativa – Unesco; 4) Processo Civil em relação à Constituição, cultura, democracia, inteligência artificial e Poder – Unisinos.

Importante destacar que a obra é fruto de muitos esforços.

Dos organizadores.  
Entre meados e fins do rigoroso inverno de 2021,  
Chapecó e Joaçaba – SC.

Paulo Junior Trindade dos Santos  
Críthian Magnus de Marco  
Stefano Civitarese Matteucci

## APRESENTAÇÃO DOS AUTORES

### **Aleteia Hummes Thaines**

Doutora em Direito Público pela Universidade do Rio dos Sinos (Unisinos), com estágio pós-doutoral em Direito pela Universidade do Rio dos Sinos (Unisinos). Mestre em Desenvolvimento pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí). Especialista em Controladoria pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Graduada em Direito pela Faculdade Meridional (Imed), e em Administração de Empresas pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Professora Titular do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional da Faccat/RS. Coordenadora adjunta do Curso de Direito da Faccat/RS. Docente do Curso de Direito da Faccat/RS. Pesquisadora em: Propriedade Intelectual; Teoria das Organizações; Teoria Sistêmica; Desenvolvimento e Mediação e Arbitragem. *E-mail:* ale.thaines@gmail.com.

### **Alexandre Barbosa da Silva**

Professor e Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado – do Centro Universitário de Cascavel (Univel). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (Conceito 6 Capes). Bolsista Capes no Programa de Doutorado Sanduíche no Exterior, com estudos na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Direito pela Universidade Paranaense (2002). Graduado em Direito pela Universidade Paulista (1994). Professor nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Univel e da Escola da Magistratura do Paraná. Foi Coordenador do Curso de Direito da Univel. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, Processual Civil e Hermenêutica Jurídica. É Procurador do Estado do Paraná.

### **Angélica Baumgärtner Cardoso**

Advogada. Graduada em Direito pela Fundação Educacional Machado de Assis (Fema). Especialização em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Estudos e atuação direcionados na defesa e estratégia adequadas aos desafios da sociedade empresária, especialmente em situações de crise econômica, financeira e patrimonial. Dedicção integral na área do direito empresarial com ênfase em recuperação judicial. Foco na solução de problemas através de mecanismos extrajudiciais.

**Cristhian Magnus de Marco**

Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, concluído em 2017, com pesquisas sobre o princípio da sustentabilidade. Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, finalizado em 2012. Tema da tese: O direito fundamental à cidade sustentável. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, em 2000, com dissertação sobre o Município na Federação. Professor e pesquisador do Programa de Pesquisa, Extensão e Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc. Áreas de interesse: Teoria dos Direitos Fundamentais; Direito à Moradia; Desenvolvimento Sustentável.

**Daiana Flores**

Doutoranda em Direito (Unisinos). Mestre em Direito. Especialista em Direito Notarial e Registral e em Direito Civil e Empresarial. Possui graduação em Direito e em História. Atualmente é Tabeliã de Protesto. Tem mais de 10 anos de experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Notarial e Registral. *E-mail:* daianafloresnana@yahoo.com.br.

**Daniela Lavina Carniato**

Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina. Graduada em Direito pela mesma Universidade. Bolsista CAPES. *E-mail:* dani\_carniato@hotmail.com.

**Daniele Weber da Silva Leal**

Doutoranda (com bolsa de estudos CAPES/PROEX, selecionada em 2.º lugar) e Mestra pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado, da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, vinculada à Linha de Pesquisa “Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização”. Integrante do Grupo de Pesquisa JUSNANO (CNPq). Primeira colocação na seleção de ingresso do mestrado Unisinos, linha 2. Graduação em Direito pela Unisinos (2009). Especialização em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp (LFG). Integrante do Grupo de Pesquisa JUSNANO (CNPq) e do Grupo de Meios autocompositivos no Vale do Paranhana (como professora co-orientadora). Professora no Centro Universitário e faculdades UNIFTEC,

disciplinas de Direito Civil, Filosofia do Direito, Sociologia e Antropologia jurídica, História do Direito; Professora da FACCAT – Faculdades Integradas de Taquara, nas disciplinas Metodologia da Pesquisa, Bioética e Biodireito e Ética Profissional. Professora visitante no Curso de Especialização da ESCOOP. Professora visitante na UNIFIN – Faculdade São Francisco. Experiência profissional na área de Direito como Assessora de Procurador do Estado, na PGE. Posteriormente, exercido cargo de Assessora Jurídica junto à Diretoria de Saúde do Instituto de Previdência do Rio Grande do Sul – IPERGS. Na sequência, foi Secretária de Desembargador no segundo semestre de 2014, na 11.<sup>a</sup> Câmara Cível. Atualmente é advogada em escritório familiar com ênfase em Direito civil, Direito de Família, Processual Civil, Direito do Consumidor, Direito Ambiental, nanotecnologias e empresarial.

### **Denner Pereira da Silva**

Mestrando em Direito pela Univel (2021). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Univel (2020). Bacharel em Direito pela PUC/PR (2017).  
*E-mail:* denner.pereira2@hotmail.com.

### **Eduardo Fernando Piran**

Graduado em Administração (FAF). Graduado em Direito (Unoesc). Pós-graduado em Logística (Facell). Discente no Programa de Pós-Graduação em Direito da Unoesc. Atua como professor Universitário na Unetri Faculdades.

### **Francielle Benini Agne Tybusch**

Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), com bolsa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (FAPERGS). Bacharel em Direito pela Faculdade Palotina de Santa Maria (Fapas). Professora do Curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN). Coordenadora do Laboratório de Extensão da Universidade Franciscana (UFN). Professora Substituta do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Membro da equipe técnica da Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade (GPDS) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) e do Grupo de Pesquisa em Direito, Risco e Ecomplexidade da Universidade do Vale do

Rio dos Sinos (Unisinos). Autora do livro “Vidas Deslocadas: O caso Mariana – MG como modelo de aplicação para o Direito dos Desastres”, lançado pela Editora Íthala.

### **Gabriela Samrsla Möller**

Doutoranda (2021) com Bolsa PROSUC/CAPES e Mestra (2021) em Direito pelo PPGD/Unoesc. Professora no Curso de Direito da Unoesc – Joaçaba. Bolsista de iniciação científica durante a Graduação em grupo voltado ao estudo do Processo Civil e da Teoria do Direito. *Email:* gabi.moller@hotmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7378-3235>.

### **Gabriel Cemin Petry**

Bolsista de Iniciação Científica no projeto Novas Tecnologias e Sociedade de Risco: Limites e Responsabilidade pelo Risco Ambiental da Universidade Feevale. Graduando do Curso de Direito na Universidade Feevale. *E-mail:* gabrielcpetry96@gmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2357-1573>.

### **Gustavo André Olsson**

É Doutor em Direito Público e Professor da Graduação em Direito na UNISINOS/RS. Mestre em Direito pela UNISINOS/RS (recebendo uma distinção em razão de conquistar nota máxima em todas as disciplinas do curso e na dissertação) e ex-bolsista CNPq. Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2005), currículo de seis anos, atingindo o Coeficiente de Rendimento de 9,214 e 2º lugar na Classificação Geral do Curso no momento da colação de grau. Fora Assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (2013-2016). Exerceu atividades de tutoria no curso a distância da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul. É sócio de um escritório de Advocacia. Pesquisas nas áreas de Ciências Criminais, Sociologia Jurídica, Antropologia Jurídica, Filosofia Jurídica, Economia Comportamental, Direito Penal, Processual Penal, Análise Econômica e Teoria Sistemática.

### **Gustavo Borges**

Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (2014), com bolsa de pesquisa PNPd/CAPES. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (2013). Mestre em

Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (2007). Especialista em Ciências Penais pela PUCRS (2005). Pós-graduado pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS (2003). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS (2002). Atualmente, é Professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado em Direitos Humanos e Sociedade) na Universidade do Extremo Sul Catarinense (PPGD/Unesc). É Coordenador e professor da Pós-graduação lato sensu da Unesc (Especialização em Direito Civil e Processo Civil). Pesquisador permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/Unesc), vinculado à Linha de Pesquisa Direitos Humanos, Cidadania e Novos Direitos e à Área de Concentração Direitos Humanos e Sociedade. Parecerista em diversas revistas nacionais e internacionais. Participante em diversos projetos de pesquisa vinculados à Unesc. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas em Direitos Humanos e Cidadania (NUPEC/Unesc). Autor de livros e diversos trabalhos científicos desenvolvidos nas áreas do Direito em diálogo com a Bioética e a Medicina. Avaliador do Curso de Direito pelo INEP/MEC. Membro de bancas examinadoras de concurso público. Tem experiência no Direito, com atuação acadêmica nas áreas: Direitos Humanos, novos direitos, Direito Civil e Direito do Consumidor. *E-mail:* gustavoborges@hotmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9673-4321>.

### **Gracieli Baumgarten Bauer**

Bacharel em Direito. Estagiária (2016-2018) – Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apresentação e publicação de artigo científico no VI Congresso Nacional de Pesquisa Em Ciências Sociais Aplicadas na área de conhecimento: Direito. Eixo: Humanas. Tema: O paciente terminal e as diretivas antecipadas da vontade como garantidoras do direito fundamental a morrer com dignidade. Apresentação de Resumo no I Congresso de Psicologia em São Miguel Do Oeste, com eixo temático: Psicologia e Judiciário, tema: As diretivas antecipadas da vontade e o direito fundamental de morrer com dignidade. Apresentação e publicação do artigo Ortotanásia e autonomia privada: caminho para efetivação dos direitos do paciente terminal. *In:* XXVII Congresso Nacional do CONPEDI Porto Alegre – RS, 2018, Porto Alegre. Direitos e garantias fundamentais III. Formação com Certificado na área de Capacitação em Competências da Mediação Judicial. Palestrante: Eutanásia – Aspectos jurídicos e psicológicos. Apresentação e publicação de artigo VII

Congresso Nacional de Pesquisa em Ciências Sociais Aplicadas na área de conhecimento: Direito. Eixo: Humanas. Tema: Inviolabilidade do direito à vida e os aspectos jurídicos da autodeterminação do paciente em estado grave de saúde – Mestra – Unoesc.

### **Haide Maria Hupffer**

Pós-Doutora em Direito pela Unisinos. Doutora e Mestre em Direito pela Unisinos. Professora e Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Qualidade Ambiental e no Curso de Direito da Universidade Feevale. Líder do Grupo de Pesquisa: Direito e Desenvolvimento – CNPq/Feevale. Líder do Projeto de Pesquisa: Novas Tecnologias e Sociedade de Risco: Limites e Responsabilidade pelo Risco Ambiental. *E-mail*: haide@feevale.br; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4965-9258>.

### **Júlia Francieli Neves Scherbaum**

Doutora em Direito Público pela Faculdade de Doutorado em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI/RS). Especialista *lato sensu* em processo civil da Universidade Anhanguera (Uniderp). Advogado. *E-mail*: julianeves15@hotmail.com.

### **Joana Alice De Ré**

Graduanda de Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina. Bolsista de Pesquisa Científica pelo Programa de Bolsas Universitárias Uniedu. *E-mail*: joanaalice77@gmail.com.

### **Joana Carla Ruppenthal Guerreiro**

Advogada.

### **Jones Leo Santos**

Graduando em Direito junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

### **Juliana Barth Litvin**

Jornalista, bacharela em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos).

**Juliano Jung**

Doutorando em Direito Unisinos. Mestre em Direito. Especialista em Direito Notarial e Registral e em Direito Civil. Possui Graduação em Direito. Atualmente é Tabelião de Notas do 8 Tabelionato de Notas de Manaus/AM. Conta com mais de 10 anos de experiência na área jurídica, com ênfase em Direito Notarial e Registral. *E-mail:* julianojung@yahoo.com.br.

**Karine Maria Rossato**

Acadêmica do 10 semestre da Universidade Franciscana – UFN. *E-mail:* karine\_rossato@hotmail.com.

**Leonardo Jensen Ribeiro**

Doutorando em Direito pela Unisinos. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz – Unisc, na linha de pesquisa de Políticas Públicas de Inclusão Social. Possui graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2012). Atualmente é professor de Introdução ao Direito na Faculdade Dom Alberto, para os cursos de Administração e Ciências Contábeis. Foi servidor do Poder Judiciário (posse em 2013 – exoneração em 2019) – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em várias Comarcas do estado. Tem experiência na área jurídica, atuando em diversos setores do Poder Judiciário, bem como do Ministério Público, Tribunal Regional Eleitoral e AGU na Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS. Foi mediador e conciliador junto ao CEJUSC Santa Cruz do Sul. Também é especialista em Docência do Ensino Superior pelo Grupo FAVENI – Faculdade Dom Alberto.

**Leonel Severo Rocha**

Doutor em Direito pela Escola de Estudos Superiores em Ciências Sociais (Paris) e com pós-doutorado em sociologia do direito pela *Universita degli di Lecce* (Itália). Atualmente é professor titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos) e coordenador do 3º ciclo em Direito. Pesquisador Nível II do CNPq. Membro Honorário e ex-Presidente do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (Conpedi). *E-mail:* leonel.rocha@uol.com.br.

**Marcelino Meleu**

Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (2014), com estágio pós-doutoral concluído em 2016. Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI-Sto. Ângelo (2009). Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário pela Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc (2007). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (2000). Professor concursado do quadro efetivo da Universidade Regional de Blumenau – FURB, lotado no Centro de Ciências Jurídicas – CCJ. Vice-coordenador e docente permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da FURB (PPGD-FURB) – Mestrado Acadêmico. Líder do Grupo de Pesquisa “Direitos Fundamentais, Cidadania e Justiça”, registrado no Diretório de Grupos do CNPq e certificado pela FURB. Atuou como professor permanente no Programa de Mestrado em Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó – Unochapecó, onde liderou o Grupo de Pesquisa “Cidadania; Justiça e Solidariedade”, coordenando as linhas de pesquisa “Justiça na Policontextualidade” e “Solidariedade e Políticas Constitucionais”. Atua também como professor, em nível de graduação e pós-graduação lato sensu. Atuou como coordenador do curso de especialização em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário – edição do Campus de Xaxim da Unochapecó (Chapecó/SC) e da Imed (Passo Fundo/RS). Atualmente desenvolve pesquisas nos seguintes temas: cidadania; justiça; solidariedade; reconhecimento; democracia; direitos fundamentais; sistemas e políticas constitucionais; sistema social de tratamento de conflitos; mediação de conflitos; justiça restaurativa, acesso e efetividade da justiça; jurisdição constitucional; jurisdição comunitária, jurisdição e inteligência artificial e, teoria sistêmica. Participou, como co-autor e membro da equipe técnica do Projeto Justiça Comunitária do Ministério da Justiça, implantado na cidade de Passo Fundo/RS. Dados: *E-mail*: mmeleu@furb.br; *Skype*: marcelino.meleu; *ORCID*: <http://orcid.org/0000-0003-2567-7248>; *Publons*: <https://publons.com/researcher/3287974/marcelino-meleu/>.

**Márcia Marcondes Diniz de Freitas**

LLM em Direito Empresarial – FGV Rio – Fundação Getúlio Vargas (2020). Mestrado Profissional em Administração na Unoesc – Universidade do Oeste de Santa Catarina (2015). Especialista em Direito Tributário pela

Universidade Anhanguera – Uniderp (2013). Exame OAB – 1ª prova prestada (2011) – aprovação IV Exame Unificado. Graduada em Direito pela Unoesc – Universidade do Oeste de Santa Catarina em Joaçaba/ SC (2010). Especialista em Docência no Ensino Superior pela UDC – União Dinâmica de Faculdades Cataratas em Foz do Iguaçu/ Pr (2004). Graduada em Administração (habilitação em Hospitalar) pela União Educacional de Brasília em Brasília/ DF (2003). Interesses de pesquisa nos temas de Inovação, Gestão do Conhecimento, Empreendedorismo, Projetos Sociais, Desenvolvimento. Mentoria para os pré-incubados do Núcleo de Inovação Tecnológica. Professora de graduação dos componentes curriculares: Empreendedorismo, Administração de Projetos, Comportamento Organizacional, Gestão de Conhecimento Organizacional, Direito aplicado a Administração II, Direito Constitucional II, Direito Empresarial I e II, Direito Tributário, Direito das Coisas I e Orientação de Trabalhos de Conclusão de Curso.

### **Marcos Catalan**

Doutor summa cum laude em Direito pela Faculdade do Largo do São Francisco, Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Professor no PPG em Direito e Sociedade da Unilasalle. Visiting Scholar no Istituto Universitario di Architettura di Venezia (2015-2016). Estágio pós-doutoral na Facultat de Dret da Universitat de Barcelona (2015-2016). Professor visitante no Mestrado em Direito de Danos da Facultad de Derecho da Universidade da República, Uruguai. Professor visitante no Mestrado em Direito dos Negócios da Universidade de Granada, Espanha. Professor visitante no Mestrado em Direito Privado da Universidade de Córdoba na Argentina. Editor da Revista Eletrônica Direito e Sociedade. Líder do Grupo de Pesquisas Teorias Sociais do Direito e Cofundador da Rede de Pesquisas Agendas de Direito Civil Constitucional. Advogado parecerista.

### **Nathalie Kuczura Nedel**

Pós-doutoranda em Direito pela Universidade do Rio dos Sinos (Unisinos). Doutora em Direito pela Universidade do Rio dos Sinos (Unisinos). Professora da Faculdade de Direito de Santa Maria (Fadisma). Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em

Propriedade Intelectual na Contemporaneidade. Graduada em Direito pela UFSM. Endereço: Rua 24 de fevereiro, número 412, apartamento 702, Santa Maria-RS, telefone: 55 996634707. *E-mail*: nkuczura@gmail.com.

### **Paulo Junior Trindade dos Santos**

Advogado e Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito na Unoesc. Pós-Doutor pela Unoesc (constitucionalismo pós-moderno e sistema jurídico em rede) e Unisinos (direito, novas tecnologias e transdisciplinariedade), e ainda, é Doutor e Mestre em Direito Público pela Unisinos (filosofia do direito processual como gênese do direito), ambas titulações se deram com Bolsa de fomento a pesquisa remuneradas pela CAPES – CNPq. Detém graduação em Direito pela Unoesc (ativismo judicial contemporâneo). Áreas de atuação são o Direito Privado e o Direito Processual Civil, ambos com ênfase na constitucionalização do direito e na filosofia do direito.

### **Priscila Zeni de Sá**

Doutora em Direito pela Unisinos. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora do PPGD e da graduação em Direito da Universidade Regional de Blumenau – FURB; professora convidada da PUC-PR e da Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina (ESMESC) Advogada. Pesquisadora do Grupo de Pesquisas “Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização – CONSTINTER” registrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPQ e certificado pela FURB. *E-mail*: priscilasa@furb.br; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7498-6181>; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0232080339688923>.

### **Raquel von Hohendorff**

Doutora em Direito Público Unisinos (bolsista CAPES). Mestre em Direito Público pela Unisinos (Conceito CAPES 6, bolsista CAPES). Professora do Programa de Pós Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Unisinos, ministrando a disciplina Educação, Transdisciplinaridade e Transformação Social. Participante do grupo de pesquisa JUSNANO (CNPq/Unisinos). Conselheira Municipal do Meio Ambiente, pela Seccional São Leopoldo da Ordem dos Advogados do Brasil. Conselheira titular da Seccional São Leopoldo da Ordem dos Advogados do Brasil. Possui

especialização em direito do trabalho pela Unisinos, com atuação na área trabalhista preventiva, especialmente voltada para a saúde, segurança e meio ambiente do trabalho. Possui graduação em Medicina Veterinária pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1998), graduação em Bacharelado Em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2009) e mestrado em Ciências Veterinárias pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2003). Atualmente é advogada – Escritório de advocacia Dr Arminio Joao von Hohendorff e técnico superior medicina veterinária da Fundação Zoobotânica do Rio Grande do Sul. Tem experiência na área de Zoologia, com ênfase em Comportamento Animal, atuando principalmente nos seguintes temas: animais silvestres, manejo, patologia, cativeiro e doenças infecciosas.

### **Ricardo Murilo da Silva**

Mestrando em Direito pela PUC-PR. Graduado em direito pela Universidade Regional de Blumenau – Furb (2012); especialista em Direito Imobiliário pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali (2015); especialista em Direito Processual Civil no Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina – Cesusc (2017). Atualmente advogado atuante no ramo do direito civil e administrativo, tendo como foco o processo civil, direito imobiliário e ambiental.

### **Riva Sobrado de Freitas**

Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (1982), obteve seu mestrado (1996) e doutorado (2003) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Em 2007, realizou seu Pós-Doutorado na Universidade de Coimbra – Portugal. Foi Professora Assistente-Doutora da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (1988-2012). Atualmente cursa formação em Psicanálise junto à Escola Brasileira de Psicanálise de formação lacaniana, realiza o segundo Pós-Doutorado junto à Faculdade de Direito da UFSC. É Professora e Pesquisadora do Programa de pesquisa, extensão e graduação em Direito da Unoesc desde 2011. É professora convidada do Curso de Economia e Relações Internacionais da UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina para a disciplina: Direitos humanos e a construção da identidade de gênero.

**Roberta Diniz Rodrigues**

Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (2021).

**Rosalice Fidalgo Pinheiro**

Pós-doutora junto à Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne (UMR 8103). Doutora em Direito das Relações Sociais junto à Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito das Relações Sociais junto à Universidade Federal do Paraná. Bacharel em Direito junto à Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora adjunta de Direito Civil do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Professora adjunta de Direito Civil do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil. Líder do Núcleo de Pesquisa em Direito Civil e Constituição. Pesquisadora do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Pesquisadora convidada do *Centre de Recherche "Droit, Science et Technique"* (2015). Revisora dos periódicos Espaço Jurídico (ISSN 2179-7943), Pensar (ISSN 1519-8464), Direito Empresarial (ISSN 1806-910X-00015), Direitos Fundamentais e Justiça (ISSN 1982-1921) e Revista da Ajuris (1679-1363). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: contratos, contrato e biotecnologia, contratos imobiliários, contratos de consumo, responsabilidade civil, direitos fundamentais, metodologia e ensino jurídico.

**Wilson Engelmann**

Pós-Doutor em Direito Público-Direitos Humanos pelo Centro de Estudios de Seguridad (Ceseg), da Facultad de Derecho da Universidade de Santiago de Compostela, na Espanha; Coordenador Executivo, Professor e Pesquisador do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios; Professor e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, ambos da Unisinos; Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq; Líder do Grupo de Pesquisa JUSNANO, credenciado junto ao CNPq; *E-mail*: wengelmann@unisinos.br.

**Wilson Martins dos Santos**

Bacharel em Direito pela Unoesc – Chapecó, MBA Direito Civil e Processo Civil pela FGV, Mestrando em Direito pela Unoesc – Chapecó, advogado desde 2002.

# OS ELEMENTOS ESTRUTURANTES DA TEORIA DO FATO JURÍDICO PONTEMIRANDIANA REVISITADOS À LUZ DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA GADAMERIANA

Nathalie Kuczura Nedel  
Wilson Engelmann

## RESUMO

Pontes de Miranda desenvolveu a Teoria do Fato Jurídico. Segundo esta, a incidência seria automática, infalível e diversa da aplicação. Ocorre que embora seja esta Teoria imprescindível para a compreensão do Direito Privado, ela se tornou comprovadamente insuficiente em face das novas conflituosidades jurídicas, sendo, pois, imprescindível repensar os seus elementos estruturantes. Diante disso, cumpre perquirir em que medida a Hermenêutica Filosófica pode ser aplicada, a fim de revisitar os elementos estruturantes da Teoria do Fato Jurídico para que esta seja capaz de ser, efetivamente, aplicada diante das novas conflituosidades jurídicas? Para responder ao problema de pesquisa, empregou-se como “método” de abordagem o fenomenológico-hermenêutico e como métodos de procedimento o histórico e o estruturalista. Ainda, o presente artigo foi dividido em três seções. Na primeira seção, explana-se a Teoria do Fato Jurídico como idealizada por Pontes de Miranda. Na segunda seção, aponta-se a insuficiência de referida Teoria tendo como pano de fundo as novas conflituosidades jurídicas. Já, a terceira seção aponta a Hermenêutica Filosófica como possível caminho a ser trilhado para revisitar a referida Teoria. A partir disso, concluiu-se que a Hermenêutica Filosófica é adequada para repensar os elementos estruturantes da Teoria do Fato Jurídico.

**Palavras-chave:** Hermenêutica Filosófica. Novas conflituosidades jurídicas. Teoria do Fato Jurídico.

## ABSTRACT

*Pontes de Miranda developed the Theory of Legal Fact. According to it, the incidence would be automatic, infallible and different from the application. However, although this theory is indispensable for the understanding of Private Law, it has proved to be insufficient in the face of new legal conflicts, and it is therefore essential to rethink its structuring elements. Given this, it must be asked to what extent Philosophical Hermeneutics can be applied in order to revisit the structuring elements of Legal Fact Theory so that it can be effectively applied in the face of new legal conflicts. To answer the research problem, the phenomenological-hermeneutic “method” of approach was used and the historical and the structuralist as methods of procedure. Also, this article has been divided into three sections. In the first section, we explain the Theory of Legal Fact as conceived by Pontes de Miranda. In the second section, the insufficiency of this theory is pointed out against the background of the new legal conflicts. The third section, on the other hand, points to Philosophical Hermeneutics as a possible way forward to revisit the Theory of Legal Fact in the light of the aforementioned new legal conflicts. From this, it was concluded that Philosophical Hermeneutics is adequate to rethink the structuring elements of Legal Fact Theory.*

**Keywords:** *Philosophical hermeneutics. New legal conflicts. Legal Fact Theory.*

## 1 INTRODUÇÃO

Pontes de Miranda revela-se como sendo um jurista<sup>1</sup> brasileiro, que desenvolveu as suas obras, a partir do início de 1900, tendo influências dos doutrinadores alemães do século anterior. A partir dessas influências, desenvolveu a denominada Teoria do Fato Jurídico, segundo a qual um determinado acontecimento da vida ingressa no mundo jurídico quando

<sup>1</sup> Frise-se que ao caracterizá-lo como jurista não se está esquecendo as suas contribuições em outras searas do conhecimento.

verificado o suporte fático. Assim, a incidência seria automática, infalível e diversa da aplicação, que dependeria do não atendimento e, esta, portanto, poderia ou não se operar.

Ocorre que, compulsando os manuais mais utilizados pelos Cursos de Direito do país, bem como a partir de pesquisa realizada junto aos professores de Direito Civil parte geral foi possível constatar que embora a Teoria seja imprescindível para o Direito Privado, esta não mais é devidamente estudada no âmbito acadêmico. Isso porque ela se revela, diante das novas conflituosidades jurídicas, como sendo insuficiente. Nesse norte, considerando a sua importância não apenas histórica mas também atual, é preciso pensar em alternativas para repensar os elementos estruturantes da Teoria Geral do Fato Jurídico.

Diante disso, cumpre perquirir em que medida a Hermenêutica Filosófica pode ser aplicada, a fim de revisitar os elementos estruturantes da Teoria do Fato Jurídico para que esta seja capaz de ser, efetivamente, aplicada diante das novas conflituosidades jurídicas? Dessa forma, o presente artigo tem como objetivo analisar a Hermenêutica Filosófica como meio adequado a revisitar os elementos estruturantes da Teoria do Fato Jurídico diante das novas conflituosidades jurídicas.

Assim, para responder ao problema de pesquisa e cumprir com o objetivo ora proposto empregou-se como “método” de abordagem o fenomenológico-hermenêutico. A escolha de referido “método” se justifica na medida em que, embora se parta da análise do pensamento pontemirandiano, que não se revela como sendo um hermeneuta, utilizar-se-á para repensar os elementos estruturantes de sua Teoria os ensinamentos de Gadamer. Assim sendo, busca-se desvelar o sentido da Teoria do Fato Jurídico a partir da atual realidade e da linguagem, rompendo-se com o pensamento lógico, mecanicista. Ao lado disso, justifica-se a escolha do “método” em questão, uma vez que se parte da premissa de que “[...] não existe essa formulação de significado único e muito menos uma regra de formulação definitiva, que não revelasse

uma nova variante ou um novo modelo de solução, a cada novo caso concreto” (ENGELMANN, 2007, p. 244). Assim, necessário pensar cada situação, a partir do denominado círculo hermenêutico e de seu ingresso neste.

No que tange aos métodos de procedimento conjugar-se-ão dois métodos: o histórico e o estruturalista. A utilização do método de procedimento histórico se justifica na medida em que o estudo em apreço realizará uma digressão histórica no que tange à Teoria do Fato Jurídico elaborada no século XX. Ainda, será manejado o método estruturalista, o qual se revela necessário para que se parta da análise de um fenômeno concreto, qual seja, a situação atual da Teoria do Fato Jurídico, para se elevar a um nível abstrato, a fim de verificar de que forma a partir da Hermenêutica Filosófica pode-se repensar os elementos estruturantes da Teoria Fato Jurídico. Feito isso, ao final, retornar-se-á ao caso concreto, para aferir a viabilidade de aplicação do que foi delineado abstratamente.

Já como técnicas de pesquisa utilizar-se-ão a documentação indireta, bem como a bibliográfica. Em relação à primeira técnica empregada, cumpre referir que serão analisados os dados obtidos por meio de observação direta extensiva realizada no âmbito do doutorado. Ou seja, os dados ora apresentados foram compilados para a realização da tese, sendo, neste momento, analisados os documentos que advieram da aludida pesquisa.

Ademais, para uma melhor compreensão do tema o presente artigo foi dividido em três seções. Na primeira seção, explana-se a Teoria do Fato Jurídico da forma como idealizada por Pontes de Miranda, enfatizando-se a cisão entre incidência e aplicação. Na segunda seção, aponta-se a insuficiência de referida Teoria tendo como pano de fundo as novas conflituosidades jurídicas. Por fim, a terceira seção, aponta a Hermenêutica Filosófica como possível caminho a ser trilhado para revisitar a Teoria do Fato Jurídico diante das já mencionadas novas conflituosidades jurídicas.

## 2 A TEORIA DO FATO JURÍDICO DE PONTES DE MIRANDA: A LATENTE CISÃO ENTRE INCIDÊNCIA E APLICAÇÃO

Pontes de Miranda foi um dos maiores juristas brasileiros (MOTA, 1981-1982), tendo elaborado muitas obras e teorias, dentre as quais merece destaque a Teoria do Fato Jurídico, pois, segundo o próprio jurista, “a noção fundamental do direito é a de fato jurídico; depois a de relação jurídica [...]” (MIRANDA, 1970, p. XVI). Assim, revela-se a importância de delimitar quais fatos adentram no mundo jurídico e como isso ocorre, provando que entre diversas teorias e figuras, a primeira que deve ser bem delineada é a noção de fato jurídico e o fenômeno que torna os fatos do mundo dos fatos também fatos jurídicos.

Nesse norte, inicialmente, deve-se delinear o conceito de fato ou de fatos. Fatos configuram-se como sendo tudo que ocorreu, que ocorre ou que irá ocorrer no cotidiano dos indivíduos. Assim, tudo que ocorre no mundo é um fato. Em suma, o mundo se compõe de fatos (MIRANDA, 1970). Esses fatos que compõe o mundo poderão ser fatos do mundo físico ou do mundo psíquico (MIRANDA, 1970). A título exemplificativo, tem-se que “tudo que experimento, faço ou suscito é fato” (MIRANDA, 1972a, p. 44).

Aludidos fatos podem ser apenas “fatos” ou serem também fatos jurídicos. Tudo que ocorre no mundo é um fato, já para ser, igualmente, fato jurídico é preciso que o fato interesse ao Direito. Se o fato interessar ao Direito estará estampado em uma regra jurídica, que determinará o suporte fático em abstrato. Uma vez verificada a ocorrência do fato que está descrito na norma jurídica no mundo dos fatos, este fato ingressará, igualmente, no mundo jurídico. Nas palavras de Pontes de Miranda, “fato jurídico é o suporte fático que o direito reputou pertencer ao mundo jurídico” (MIRANDA, 1970, p. 20). Para que o fato adentre no mundo jurídico é necessário que se opere

a incidência. Diante disso, pode-se conceituar, de uma forma mais detalhada o fato jurídico como sendo “[...] o fato ou o complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica [...]” (MIRANDA, 1970, p. 77).

Existem, pois, dois mundos: o mundo dos fatos e o mundo jurídico. Tratam-se, contudo, de mundos não completamente cindidos: os fatos jurídicos, necessariamente também serão fatos, não sendo, o inverso, entretanto, uma assertiva verídica, uma vez que existiram fatos, que serão apenas fatos.

Assim, importante ter presente o conceito de mundo jurídico, o qual “[...] não é mais do que o mundo dos fatos jurídicos, isto é, daqueles suportes fácticos que logram entrar no mundo jurídico. A soma, tecido ou aglomerado de suportes fácticos que passaram à dimensão jurídica, ao jurídico, é o mundo jurídico” (MIRANDA, 1972d, p. 184). Dessa forma, verifica-se que o mundo jurídico é composto por aqueles fatos do mundo dos fatos que se juridicizaram, uma vez que houve a incidência da regra jurídica ou a incidência de mais de uma regra jurídica. Assim, o mundo jurídico é uma parte do mundo dos fatos.

Outro importante conceito é o de regra jurídica<sup>2</sup>. Segundo Pontes de Miranda, a regra jurídica é a norma com a qual o homem buscou distribuir os bens da vida, a fim de conferir certa ordem e previsibilidade (MIRANDA, 1970). Dessa forma, “a finalidade da regra jurídica é manter a situação social existente” (MIRANDA, 1972b, p. 79). A partir da regra jurídica, portanto, realiza-se a esquematização do mundo fático para que dentro de determinados pontos e limites – previstos na regra jurídica – os fatos se tornem, igualmente, jurídicos. Tal representa o princípio da esquematização do fático (MIRANDA, 1970).

<sup>2</sup> Pontes de Miranda não apenas apresenta o conceito e o objetivo da regra jurídica. Na obra *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, o jurista analisa diversos aspectos técnicos e científicos sobre a regra jurídica, merecendo destaque os pressupostos que aponta para uma boa regra jurídica. Sobre o tem ver: Miranda (1972a, p. 199-200).

Essa regra jurídica será editada pelo Legislador. Uma vez editada, promulgada e publicada, ela passa a existir. Quando se verificar a ocorrência do que a regra jurídica prevê e regulamente, ter-se-á a incidência. Nesse viés, tem-se que o que é previsto na regra jurídica e sobre o que ela incide denomina-se de suporte fático (MIRANDA, 1970). Assim, primeiramente, tem-se um fato político – elaboração da regra. Após, tem-se a própria regra jurídica, que cria o mundo jurídico. Essa regra jurídica prevê um suporte fático em abstrato (MIRANDA, 1970)<sup>3</sup>. Quando verificado o que está delineado em abstrato no mundo fático, tem-se a incidência e o fato passa a ser, também, fato jurídico. Pontes de Miranda esquematiza a sucessão de fatos, em ordem, da seguinte forma:

a) a elaboração da regra jurídica (fato político); b) a regra jurídica (fato criador do mundo jurídico); c) o suporte fático (abstrato), a que ela se refere; d) a incidência quando o suporte fático (concreto) ocorre; e) o fato jurídico, que daí resulta; f) a eficácia do fato jurídico, isto é, as relações jurídicas e mais efeitos dos fatos jurídicos (MIRANDA, 1972b, p. 79).

O suporte fático representa aqueles eventos do mundo dos fatos em relação aos quais a regra jurídica incide (MIRANDA, 1954). Pode-se, pois, conceituar o suporte fático da regra jurídica como sendo “[...] aquele fato, ou grupo de fatos que o compõe, e sobre o qual a regra jurídica incide” (MIRANDA, 1954, p. 18). Frise-se que, embora o jurista determine o conceito de suporte fático no cerne da obra *Tratado de Direito Privado*, não se trata de um conceito adstrito ao Direito Civil, mas, sim, um conceito universal no âmbito da Ciência Jurídica (MELLO, 2014). Ou seja, o fenômeno do suporte

<sup>3</sup> Essa sucessão de fatos, segundo Pontes de Miranda, baseia-se no Direito alemão. Referida doutrina empregou o termo “gültigkeit” para referir-se a quatro situações diversas: existir, incidir, aplicar e valer. Assim, no Direito alemão, o referido termo apresenta quatro significados distintos, o que levou muitas traduções em erro, não fazendo as distinções apropriadas entre incidir e existir; entre incidir e aplicar ou entre incidir e valer. Assim, ao se analisar obras alemãs traduzidas, que tratam da temática ora em apreço é imprescindível levar em consideração os aportes pontemirandianos, a fim de que não se recaia em equívocos e ambiguidades (MIRANDA, 1970, p. 13).

fático é utilizado, também, em outros ramos do Direito que não apenas o Direito Civil, em que pese este seja o cerne do seu surgimento e, portanto, o recorte do presente estudo.

A regra jurídica irá delinear o suporte fático em abstrato. Uma vez se verificando a ocorrência do que está descrito na regra – suporte fático – no mundo dos fatos, esse fato passará a compor, também, o mundo jurídico<sup>4</sup>. Isso se opera por meio do fenômeno da incidência. Ocorrendo a incidência, haverá o surgimento do fato jurídico. Dessa forma, “os elementos do suporte fático são pressupostos do fato jurídico; o fato jurídico é o que entra do suporte fático, no mundo jurídico, mediante a incidência da regra jurídica sobre o suporte” (MIRANDA, 1970, p. 4).

Frise-se que a regra jurídica apenas incidirá se o suporte fático verificado em concreto for suficiente. Assim, sendo insuficiente o suporte fático, a regra jurídica não incidirá ou poderá existir outra regra jurídica para a qual ele seja suficiente (MIRANDA, 1970).

Dessa maneira, as regras jurídicas delineiam determinadas situações que, quando se operam, são consideradas jurídicas. Por exclusão, aqueles eventos não abarcados pela regra jurídica manter-se-ão apenas no mundo dos fatos, não adentrando ao mundo jurídico, uma vez que irrelevantes para este (MIRANDA, 1954). Em suma, “os atos humanos se alguma regra jurídica incide sobre eles, dizendo suficiente o suporte fático, fazem-se jurídicos; quer dizer relevantes para o direito” (MIRANDA, 1970, p. 79). De outra sorte, aquele ato humano que apenas importa em ato de cortesia, que apenas interessa à vida política, religiosa ou econômica, não será jurídico (MIRANDA, 1970).

<sup>4</sup> Ressalte-se que o fato vai compor tanto o mundo dos fatos quanto o mundo jurídico. Conforme preceitua Pontes de Miranda: “Tudo nos leva a tratar do problema do direito como físico: vendo-os no mundo dos fatos, mundo seguido do mundo jurídico, que é parte dele” (MIRANDA, 1972b, p. 268).

Há, dessa maneira, o mundo, no qual existem fatos, os quais, em virtude da sua relevância poderão adentrar no mundo jurídico e, portanto, pertencer ao mundo fático e jurídico concomitantemente e outros fatos que, por serem tidos como irrelevantes juridicamente, permanecerão tão somente no mundo dos fatos (MIRANDA, 1972b). Àqueles fatos do mundo dos fatos, que não adentram ao mundo jurídico, confere-se o nome de fatos ajurídicos (MIRANDA, 1970). Essa função de separar o que deve ser marcado como jurídico ou não cabe, pois, à regra jurídica.

Existem, pois, fatos que estarão apenas no mundo dos fatos, os quais são denominados de fatos ajurídicos e alguns fatos que passaram a compor, igualmente, o mundo jurídico, que é denominado de fato jurídico. Essa entrada no mundo jurídico se opera quando se dá o fenômeno da juridicização, que ocorre quando a regra jurídica incide. Ademais, importante ressaltar que o fato, ao adentrar no mundo jurídico, segue pertencendo ao mundo dos fatos, ou seja, faz parte concomitantemente de ambos os mundos. Ao lado disso, o mundo jurídico está inserido no interior do mundo dos fatos, ou seja, tem-se o mundo dos fatos e o mundo jurídico “[...] que é parte dele” (MIRANDA, 1970, p. 3).

O que se verifica, portanto, é que as regras jurídicas dizem para quem está no mundo “[...] o que há de se considerar jurídico e, por exclusão, o que se não há de considerar jurídico. [...] o que entra e o que não entra no mundo jurídico” (MIRANDA, 1954), podendo um fato localizado no mundo dos fatos adentrar mais de uma vez no mundo jurídico. Em síntese, as regras jurídicas determinam o que é juridicamente relevante e o que não o é.

A regra jurídica, portanto, descreve quais os elementos do mundo fático, que uma vez verificados, adentram no mundo jurídico<sup>5</sup>, o que apenas

<sup>5</sup> Em contrapartida, a regra jurídica pode determinar, igualmente, quais fatos que pertencem ao mundo jurídico deixam de fazer parte deste mundo. Trata-se de uma regra jurídica desjuridicizante (MIRANDA, 1970, p. 28). Entretanto, é imperioso ter presente que sempre antes de uma regra jurídica desjuridicizante, haverá uma regra jurídica juridicizante, que fez com que aquele determinado fato, em momento anterior, passa-se a fazer parte do mundo jurídico.

se torna possível com a verificação do suporte fático, que faz com que a regra *incida*<sup>6</sup>. “Incidir é bater, golpear (caedere), gravar, cair sobre, de modo que, no mundo do pensamento humano, o fato ou os fatos recebem o carimbo da regra jurídica e se tornam jurídicos” (MIRANDA, 1972b, p. 271).

A incidência da regra jurídica não falha, o que pode falhar é o atendimento a ela. Dessa forma, o que se vislumbra é que não se deixa ao arbítrio de alguém a incidência da regra jurídica (MIRANDA, 1970). Em suma, verificada, no mundo dos fatos, a correspondência com o previsto no suporte fático, esses fatos serão coloridos, adentrando ao mundo jurídico, independentemente de qualquer ação ou novo fato por exemplo (MIRANDA, 1970). Posteriormente, se não houver o atendimento, poderá se operar a aplicação, a qual “[...] apenas confirma que houve a coloração, que há ou que tem que haver” (MIRANDA, 1972c, p. 332).

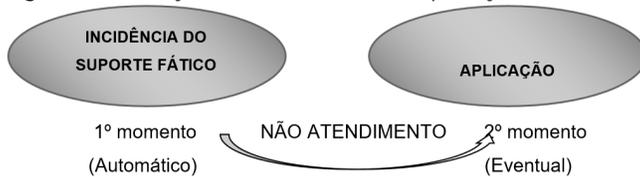
Verifica-se, assim, que realização da regra jurídica não é sempre puramente mecânica, sendo necessária, em razão disso, a figura do fenômeno da *aplicação*. Dessa forma, “[...] não foi nem é possível a regra jurídica de realização puramente mecânica: se ela coincidissem com os fatos, não precisaria de eventual aplicação; nem seria possível a cisão lógica e política ‘incidência-aplicação’” (MIRANDA, 1954, p. 9). Desde já, verifica-se que a incidência da regra não depende, segundo Pontes de Miranda, de sua aplicação (MIRANDA, 1972b). Isso porque a incidência é automática, enquanto a aplicação não o é, podendo-se representar essa relação da seguinte forma:

---

Ademais, “tornado *jurídico* o fato, somente outro fato pode, tornando-se fato jurídico, eliminá-lo. [...] Por exemplo: se há retirada de declaração ou manifestação, *vox*, quer na regra jurídica, quer no suporte fático, fala-se de *revogação* (revogação da oferta, ou da aceitação; revogação da lei). A revogação é rara, tratando-se de negócios jurídicos máxime bilaterais; porém, ainda quando se permita, o *princípio de determinação* está respeitado, porque é preciso o suporte fático da *re-vocatio*, para que, com a incidência da regra jurídica, se dê a eliminação do que está no mundo jurídico” (MIRANDA, 1970, p. 99).

<sup>6</sup> Pontes de Miranda identificou que a incidência, por vezes, foi trazida como sendo respeitabilidade, porém rechaça essa correspondência, deduzindo que incidência não se confunde com respeitabilidade e, tampouco, com aplicação (MIRANDA, 1970, p. 10-11).

Figura 1 – Relação entre incidência e aplicação



Fonte: Elaborado pela autora (2021).

A incidência se opera independentemente da aplicação, a qual se dará em momento posterior e se houver conflito ou alguma situação que exija a interferência de uma terceira pessoa, que poderá ser o Estado. Assim, é a falta de atendimento que dá ensejo à aplicação.

Dessa forma, diferentemente da incidência, a aplicação depende da atividade interpretativa do juiz, que vai além da simples aplicação dos símbolos dispostos no texto. Pontes reconhece que o juiz, ao aplicar a regra jurídica, não exerce uma atividade meramente mecânica de enquadramento do fato no texto legal, não sendo uma atividade meramente matemática, mas, sim, uma situação que depende de outros elementos. Aponta, pois, para a importância da figura do intérprete, bem como demonstra que sempre existem dúvidas a respeito dos fatos que devem se enquadrar ou não em determinada categoria (MIRANDA, 1970). Em outras palavras, tem-se que “não fica o juiz adstrito à letra da lei, nem o único processo dele é a dedução” (MIRANDA, 1972b, p. 113). Nesse sentido, é importante ter presente que para Pontes, “interpretar leis é lê-las entender-lhes e criticar-lhes o texto e revelar-lhes o conteúdo” (MIRANDA, 1970, p. XII).

Ademais, o intérprete, segundo Pontes, não busca a vontade do legislador e tampouco a vontade da lei, sendo necessário afastar-se do subjetivismo e do voluntarismo. Para tanto, imperioso observar o elemento histórico (MIRANDA, 1970). Isso porque “[...] não se pode conhecer o presente, sem se conhecer o passado, não se pode conhecer o que é, sem se conhecer o que foi” (MIRANDA, 1970, p. XV).

Em suma, conforme se extrai dos conceitos de incidência e aplicação, para Pontes de Miranda, a incidência independe da aplicação (MIRANDA, 1954). Isso porque “a atividade do Estado é que é hipotética; não a incidência da norma” (MIRANDA, 1954, p. 14). Vislumbra-se, portanto, que a incidência está relacionada apenas com a verificação concreta do suporte fático, enquanto a aplicação advém da interferência estatal para que a regra jurídica seja observada. Assim, conforme já referido, a incidência se opera independentemente da aplicação. Tem-se, dessa forma, que “se alguém não atende ao que ocorreu e, pois, há incidência, o juiz, ou quem tenha de impor respeito à lei, aplica a regra jurídica. Aplica-se o que incidiu” (MIRANDA, 1972b, p. 237).

Conclui-se, também, que apenas é possível tratar de aplicação após a incidência. Dessa forma, a incidência é condição de possibilidade para que se possa iniciar a falar em aplicação. Ou seja,

Depois de começar a incidência de uma lei é que se pode cogitar da sua aplicabilidade; quer dizer: da possibilidade de ser invocado o poder público do juiz, ou de outra autoridade estatal ou supra-estatal, ou, ainda, interestatal, a fim de aplicá-la àqueles fatos sobre os quais ela incidiu (MIRANDA, 1972b, p. 293).

O jurista diferencia, ainda, incidência de atendimento, pois apenas este pode não ser observado. Isso quer dizer que “a incidência das regras jurídicas não falha; o que falha é o atendimento a ela” (MIRANDA, 1954, p. 12). Assim, verificado o suporte fático haverá incidência, independentemente da inobservância ou não da regra jurídica, o que diz respeito ao atendimento.

Por outro lado, é o não atendimento que dá ensejo à aplicação pelo Estado. Em outros termos, “a falta no atendimento é que provoca a não-coincidência entre incidência e aplicação (= auto-aplicação) e a necessidade de aplicação pelo Estado [...]” (MIRANDA, 1954, p. 16)<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> “Para a aplicação da lei, não somente se precisa de Ciência do Direito e do conhecimento dos

Dessa forma, analisando a incidência, a aplicação e o atendimento, tem-se que

Pontes de Miranda distingue a incidência da aplicação, aquela é infalível, depende da suficiência do suporte fático, bem como ocorre independentemente do conhecimento sobre a existência da regra jurídica. Já a aplicação acontece em momento posterior e, somente se não houver coincidência entre a incidência e o atendimento, é que haverá necessidade de aplicação da regra jurídica pelo Estado (ALDROVANDI, 2014, p. 220).

Para Pontes de Miranda, portanto, o suporte fático está relacionado aos elementos necessários para que um determinado fato adentre no mundo jurídico, o que se opera por meio da incidência. Assim, a incidência é um evento automático. Uma vez ocorrendo o suporte fático no mundo dos fatos, opera-se a incidência, sendo, portanto, infalível. Já a aplicação da regra jurídica se dará em momento posterior, o que ocorre quando não há o atendimento da regra jurídica e, em razão disso, é necessário provocar o Estado para solucionar a questão. Nesse contexto, tem-se que se a regra jurídica incidiu e houve o seu atendimento, não será necessária a aplicação. Ademais, nessa última situação, a regra jurídica cumpriu com o seu objetivo. Dessa forma, a incidência se opera independentemente da aplicação, que depende da atividade interpretativa de quem irá julgar.

Esses, portanto, são os elementos estruturantes da Teoria do Fato Jurídico elaborada, ainda, no século XX. Ocorre que a visão que imperava em aludido século, modificou-se paulatinamente, assim, como os fatos sociais e jurídicos. Sendo assim, cabe analisar se a Teoria do Fato Jurídico revela-se como sendo suficiente para responder às novas conflituosidades jurídicas.

---

textos: tem-se de contar com a prática, a que alguns juristas chamam arte de interpretação da lei" (MIRANDA, 1972c, p. 332).

### 3 A INSUFICIÊNCIA DA TEORIA PONTEMIRANDIANA NA SUA ACEPÇÃO ORIGINAL DIANTE DA COMPLEXIDADE DAS NOVAS CONFLITUOSIDADES JURÍDICAS

As relações sociais e jurídicas sofreram diversas transformações no século XXI. Essas modificações se operaram, mormente tendo em vista as Novas Tecnologias da Informação e Comunicação e o avanço da globalização econômica. Esses dois fenômenos implicaram em uma modificação de paradigmas e alteraram as relações existentes no mundo. Essas, por sua vez, a partir das mudanças existentes passaram a ser mais complexas. Tanto é assim que é se pode afirmar que “[...] a única chance que o homem tem para conseguir acompanhar o movimento do mundo é adaptar-se à complexidade que os avanços tecnológicos impõe a todos, indistintamente” (KENSKI, 2012, p. 18).

Nesse viés, tem-se que complexidade configura-se como sendo “[...] um estado de incerteza, de embaraço e confusão que caracteriza o pensamento político, jurídico e filosófico” (SANTOS NETO, 2013, p. 35). Edgar Morin (2003, p. 7), igualmente, determina que a palavra complexidade só pode exprimir o nosso embaraço, a nossa confusão, a nossa incapacidade de definir de maneira simples, de nomear de maneira clara, de pôr em ordem as nossas ideias. Tem-se, portanto, que “o mundo que se edifica hoje não é ‘perfeito’ no sentido de que não corresponde efetivamente a nenhuma ideia preconcebida. Ele não é tranquilizador nem protetor. Surpreendente, ele está incessantemente no limite do caos e da desorganização” (LÉVY, 2001, p. 10).

Nesse contexto de constantes transformações que tornam o mundo mais complexo é que emergem as novas conflituosidades jurídicas e o próprio cenário jurídico acabou sendo modificado. Nesse ponto, pode-se citar

a constitucionalização do Direito Civil (LÔBO, 1999) e a adoção de cláusulas gerais (MARTINS-COSTA, 1998), por exemplo.

Evidente, pois, que o cenário social e jurídico que existia no momento da elaboração da Teoria do Fato Jurídico alterou-se e, a partir dessas modificações de paradigmas, passou-se a questionar a suficiência do disposto por Pontes de Miranda, mormente tendo em vista que sua teoria baseava-se em uma perspectiva mecanicista. Nesses termos, tem-se que

[...] sabe-se hoje ser uma perspectiva ilusória aquela que considerava a operação de aplicação do direito como atividade puramente mecânica, que se resumiria no trabalho de verificar se os fatos correspondem aos modelos abstratos fixados pelo legislador. A análise do caso concreto, com frequência, enseja prismas diferentes e raramente pode ser resolvida através da simples aplicação de um artigo de lei ou da mera argumentação de lógica formal (MORAES, 1991).

Assim, partindo da premissa atinente ao afastamento dessa visão mecanicista, que permeava a Teoria pontemirandiana e de todas as principais modificações havidas no século XXI passou-se a perquirir em que medida a Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda que se pautava na incidência automática e cindida da aplicação ainda se revela como sendo suficiente para responder às novas conflituosidades jurídicas? Para responder a tal questionamento, foram aplicados questionários aos professores de Direito Civil de diversas instituições do Brasil, obtendo-se 41 respostas, as quais são representativas de todas as Regiões do país, exceto do Norte.

Da análise das respostas apresentadas, pode-se concluir que a maioria (82,5% dos respondentes) dos professores entendem que não é possível compreender o Direito Privado sem a aludida Teoria. Sendo assim, verifica-se que a Teoria do Fato Jurídico continua sendo relevante no século XXI. Ainda, ratificando a importância de Pontes de Miranda e da Teoria do Fato Jurídico 95,1% dos respondentes afirmaram que a ensinam no âmbito de suas disciplinas e 80,5% também exigem que os alunos tenham conhecimento da Teoria no

momento da realização de avaliações. Isso demonstra que a Teoria, ainda, continua sendo importante para a compreensão do Direito Privado, razão pela qual se demonstra necessário apresentar o questionamento acima elencado.

Para se chegar a uma resposta à tal problemática, foram formulados dois questionamentos. Um deles era aberto e perguntava diretamente se o respectivo professor entende que a Teoria do Fato Jurídico, como apresentada por Pontes de Miranda, ainda se revela suficiente para justificar doutrinariamente e explicar as novas conflituosidades jurídicas? Já o outro apresentava alternativas, trazendo especificamente o ponto atinente aos elementos da incidência, interpretação e aplicação.

Em relação ao primeiro questionamento mencionado, cabia ao professor responder diretamente se entendia ser suficiente a Teoria do Fato Jurídico para responder às novas conflituosidades. A partir da análise das respostas obtidas, foi possível agrupá-las em três grupos, aqueles que entendem pela suficiência da Teoria (completamente suficiente), os que defendem a insuficiência da Teoria (completamente insuficiente) e os que entendem que, por vezes, ela é suficiente e, em outras situações, não (parcialmente suficiente).

Nesse sentido, cumpre referir que se obteve 29 respostas. Destas, 12 professores responderam pela completa insuficiência da Teoria; 9 professores afirmaram ser a Teoria como posta completamente insuficiente e 8 professores aduziram ser ela parcialmente suficiente. Nesse norte, importante ter presente que 17 professores entendem que a teoria não é suficiente, ou porque é completamente insuficiente ou porque necessita de ajustes em determinados aspectos. Em suma, 58% dos professores respondentes afirmaram que é preciso repensar esta Teoria, sendo que para alguns, é preciso repensá-la completamente e, para outros, apenas em determinadas situações.

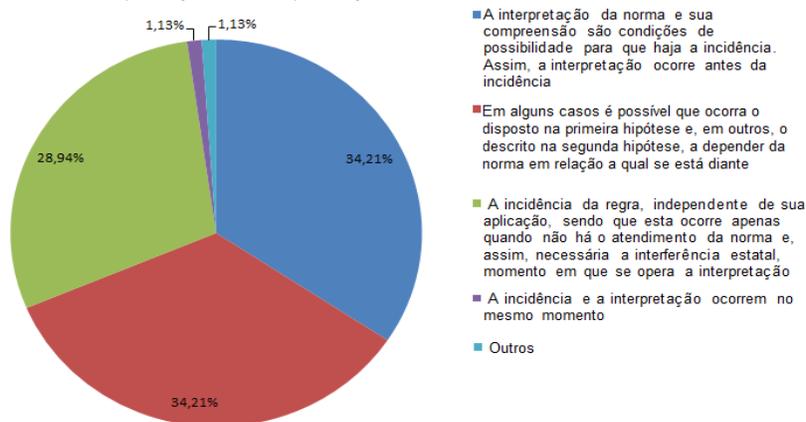
Esse entendimento se consolidou, igualmente, quando da análise da segunda questão posta. Em um segundo momento, os professores

responderam ao seguinte questionamento: “Como o senhor(a) entende que devem ser compreendidos os fenômenos da aplicação, interpretação e incidência?” Para esta pergunta foram formuladas as seguintes respostas: A incidência da regra, independente de sua aplicação, sendo que esta ocorre apenas quando não há o atendimento da norma e, assim, necessária a interferência estatal, momento em que se opera a interpretação; a interpretação da norma e sua compreensão são condições de possibilidade para que haja a incidência; em alguns casos é possível que ocorra o disposto na primeira hipótese e em outros o que ocorra na segunda, a depender da norma em relação a qual se está diante. Além destas alternativas fechadas, possibilitou-se que o professor especificasse outra situação que entendesse retratar a relação entre esses elementos.

No que tange às alternativas apresentadas, verifica-se claramente que a primeira retrata o entendimento pontemirandiano acerca da Teoria do Fato Jurídico, pois dissocia os três elementos. Já a segunda opção demonstra a ruptura com o entendimento pontemirandiano quanto ao momento e aos limites dos referidos elementos, denotando que é preciso interpretar para incidir. Por fim, a terceira assertiva demonstra que, por vezes, a Teoria pontemirandiana, ainda, seria suficiente, e que, em determinadas situações, tal não seria.

Referido questionamento teve uma aderência de 95,1% da amostra geral e ratificou o entendimento estampado nas respostas conferidas à questão anterior. Isso porque 11 professores compreendem que a relação entre incidência, aplicação e interpretação apresentada por Pontes de Miranda é a mais adequada; 13 professores entendem que a interpretação ocorre antes da incidência, dependendo daquela para sua configuração ou não; 13 professores compreendem que, por vezes, há a incidência automática e, em outras situações, esta depende de interpretação e 1 professor entende que a incidência e a interpretação ocorrem no mesmo momento.

Gráfico 1 – Entendimento dos professores sobre a relação entre incidência, aplicação e interpretação



Fonte: Elaborado pela autora (2021).

A maioria dos professores, portanto, compreende que não é mais possível adotar pura e unicamente a Teoria do Fato Jurídico apresentada por Pontes de Miranda. Isso porque 34,21% defendem que a interpretação ocorre antes da incidência e é necessária para esta; outros 34,21% entendem que, por vezes, a Teoria pontemirandiana seria suficiente, porém, não sempre e 1,13% compreendem que a incidência e a interpretação ocorrem no mesmo momento. Assim, tem-se que quase 70% dos respondentes entendem que a Teoria em questão não é suficiente para responder a todas as situações existentes na atualidade.

Tem-se, assim, que a Teoria do Fato Jurídico não se revela suficiente para solucionar essas novas conflituosidades jurídicas, que emergiram. Isso ocorre porque não se mostra possível traçar um limite divisório rígido entre interpretação, aplicação e incidência. Sendo assim, tem-se que é inegável a importância “[...] de Pontes de Miranda na história do pensamento jurídico pátrio. Reconhece-se que a sua Teoria do Fato Jurídico ainda hoje é aceita e utilizada por parcela significativa de civilistas, porém já se tem percebido a necessidade de um repensar” (STRECK; MATOS, 2018, p. 199).

Nessa esteira, emergem duas opções quanto ao repensar a Teoria do Fato Jurídico:

Uma seria o abandono da Teoria do Fato do Jurídico reconhecendo sua finitude histórica. Ou seja, que foi adequada apenas para um determinado período. A outra possibilidade seria a tentativa de operar com as mesmas categorias ou outras equivalentes, sob uma cosmovisão filosófica diferente (STRECK; MATOS, 2018, p. 200).

A partir da análise dessas teorias, o próximo capítulo justificará a adoção da Hermenêutica Filosófica como o melhor caminho a ser trilhado para repensar os elementos estruturantes da Teoria Fato Jurídico. É preciso, pois, reestruturar a Teoria diante do novo contexto que se impôs.

## **4 A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA COMO CAMINHO A SER TRILHADO PARA REVISITAR A TEORIA DO FATO JURÍDICO DIANTE DAS NOVAS CONFLITUOSIDADES JURÍDICAS**

Conforme referido no capítulo anterior existem duas posturas que podem ser adotadas quando se está diante da Teoria do Fato Jurídico: 1. Entender que esta Teoria possui apenas relevância histórica; 2. Apontar situações em que se operem com as mesmas categorias ou outras equivalentes, sob uma cosmovisão filosófica diferente (STRECK; MATOS, 2018).

A primeira corrente que se apresenta defende que a Teoria do Fato Jurídico não subsiste na atualidade, devendo ser analisada apenas a partir da perspectiva histórica. Em suma, este posicionamento possui um ponto nefrágico e positivo, pois reconhece a importância da perspectiva histórica. Isso se coaduna com o entendimento de que a doutrina não se constrói do nada, “[...] antes reaproveita, recombina, reexamina, o material que recava no sistema e no experimentar da realidade” (MARTINS-COSTA, 2014, p. 26).

Embora tal aspecto positivo, este viés pretende romper com os elementos estruturados pela Teoria do Fato Jurídico, não mais se falando em mundo dos fatos, mundo jurídico, incidência, interpretação, aplicação etc. Devendo-se, pois, formular uma Outra Teoria, capaz de demonstrar de que forma os fatos que ocorrem cotidianamente são vislumbrados pelo Direito.

Este, entretanto, não parece ser o caminho mais adequado. Isso porque, embora seja suscitada a possibilidade de superação da Teoria pontemirandiana do Fato Jurídico a partir de sua consideração apenas histórica, não se apresenta nenhuma estruturação nesse sentido, o que demonstra a falibilidade desta primeira corrente. Ademais, tendo em vista os dados apresentados no capítulo anterior, tem-se que a Teoria do Fato Jurídico é imprescindível para compreender o Direito Privado, bem como que 27,5% dos professores afirmaram que a Teoria é parcialmente suficiente, não sendo necessária a sua completa reformulação e substituição. Nesse cenário, tem-se que não é o caso de considerar a finitude da Teoria, mas, sim, de repensá-la a partir de outra visão filosófica, conforme chancelado pela segunda corrente.

A segunda corrente acima identificada refere que é possível pensar os mesmos elementos que compuseram a Teoria do Fato Jurídico, porém sob uma nova visão filosófica. Isso porque

[...] o Direito somente conseguirá acompanhar o 'novo mundo' que está sendo construído pelo conhecimento científico [...] se tiver iniciativa de revisar os seus postulados, a exemplo da Teoria do Fato Jurídico, abrindo-os para novos desafios e proposições, nem sempre enquadráveis nos moldes jurídicos manejados até o momento (ENGELMANN, 2010, p. 306).

Assim, esta segunda visão é a que deve prevalecer, uma vez que permite um repensar a Teoria a partir de outros pressupostos filosóficos, sem olvidar da sua importância também histórica. Nesse ponto, cumpre referir que o repensar da Teoria do Fato Jurídico já foi abordado sob diversos vieses, sendo que este artigo pretende revigorar a Teoria a partir do pensamento

gadameriano. Essa escolha metodológica se operou, uma vez que a Filosofia da Linguagem recebeu, a partir do giro linguístico, a influência de diversos filósofos, conferindo-se, a partir disso, abertura à intersubjetividade e à historicidade. Essa postura apenas se consolidou com a Hermenêutica Continental de matiz heideggeriana (STRECK; MATOS, 2018). Trata-se da matriz teórica em relação à qual Gadamer encontra-se ancorado e deita as raízes de sua Hermenêutica Filosófica. Nesse sentido, tem-se que

[...] quando Pontes de Miranda desenvolveu a Teoria do Fato Jurídico, suas ideias eram contemporâneas. No entanto, após todo o avanço conquistado pela filosofia analítico-pragmática e pela hermenêutica filosófica na teoria do conhecimento, continua-se, injustificadamente, a aceitar a monossemia da linguagem na teoria geral do Direito. Há muito a filosofia deixou o neopositivismo no passado, como uma parte da evolução epistemológica, que deixou sua contribuição, mas está superada. O Direito precisa fazer o mesmo. É necessário abandonar definitivamente visões reducionistas do fenômeno jurídico (SANTOS, 2017, p. 207-208).

Nesse contexto, tem-se que a Teoria do Fato Jurídico como elaborada por Pontes de Miranda, embora seja imprescindível para a compreensão do Direito Privado, não é completamente suficiente para retratar as novas conflituosidades jurídicas. Esse descompasso que se operou, é fruto da própria tradição, pois “[...] em tempos diversos ou a partir de pontos de vista diferentes também a coisa se apresenta historicamente sob aspectos diversos” (GADAMER, 2015, p. 377). O que se verifica, pois, é que o mundo muda, as leis, a jurisprudência, igualmente, sendo necessário que a doutrina, também, se altere (MARTINS-COSTA, 2015). O próprio Pontes de Miranda reconheceu que se houver uma modificação radical e decisiva da situação em que se erigiu o Direito, surgindo, novas tradições, o Direito deverá acompanhar essas mudanças, assumindo novas vestes (MIRANDA, 2002). Para tanto, como nova matriz teórica capaz de tratar dos mesmos elementos da Teoria do Fato Jurídico, porém sob uma nova roupagem, tem-se a Hermenêutica

Filosófica, que se afasta da visão mecanicista, que é incompatível com a complexidade atual<sup>8</sup>.

Tem-se, assim, que a concreção do Direito se opera por meio da Hermenêutica. Tal função da Hermenêutica opera-se, uma vez constatada a deficiência das regras e dos costumes para a ordenação geral da vida em sociedade (GADAMER, 2015). Ademais, delimita que não é possível pré-determinar os sentidos das situações definidas pelas fontes do Direito. Isso porque “nosso saber acerca do direito e dos costumes sempre será complementado e até determinado produtivamente a partir do caso concreto” (GADAMER, 2015, p. 79). Verifica-se, pois, que “o significado de um texto não pode se comparar com um ponto de vista fixo, inflexível e obstinado” (GADAMER, 2015, p. 502). Até mesmo porque deve-se ter presente que toda reprodução necessita de uma certa compreensão do texto original, não existindo uma objetividade absoluta (GADAMER, 2006). Diante disso, pode-se afirmar que “a cada novo caso, o texto poderá ser interpretado de maneira diferente, mais adequada, visto que ele se apresenta de forma diferente” (ALDROVANDI, 2014, p. 229).

Nesse sentido, Gadamer determina que a significação apenas pode ser compreendida a partir do contexto em que se está inserido (GADAMER, 2007). Em outras palavras, é o contexto em que se insere o caso concreto com suas respectivas características e o intérprete, que determinam as respostas, bem como delimitam novos questionamentos (GADAMER, 2007). É somente a partir do momento em que o intérprete for interpelado, que começará a compreensão (GADAMER, 2015).

O contexto não é formado apenas pelo que está imbuído no presente, mas também pelos elementos do passado. Nesse sentido, imprescindível que

<sup>8</sup> Nesse sentido, tem-se que [...] a ciência jurídica não é uma ciência apenas descritiva, igual às ciências naturais, mas uma ciência cultural de matiz compreensivo-normativa, que compartilha (como já mostrou Gadamer) com as outras ciências do espírito justamente a base metodológica comum da hermenêutica (KRELL, 2010, p. 87).

se tenha consciência histórico-efeitual, a qual se configura quando se está diante de um “[...] processo de confronto que permite que o novo venha à luz pela mediação do antigo, constituindo assim um processo de comunicação cuja estrutura corresponde ao modelo de diálogo” (GADAMER, 2006, p. 14). Deve-se, ainda, ter presente que a compreensão advém sempre de uma pré-compreensão, que é determinada por uma tradição em que se situa o intérprete e que molda os seus preconceitos. Ademais, esses preconceitos precisam ser legitimados (GADAMER, 2006). Além disso, o encontro entre o intérprete e o texto, opera-se no bojo do denominado círculo hermenêutico, que determina um vai e volta do todo para a parte e da parte para o todo.

Essa imprescindibilidade do compreender no bojo do círculo hermenêutico e da consciência histórico-efeitual demonstra que não é possível tratar de incidência automática e infalível, pois para se verificar a relevância de um fato para o mundo jurídico é imprescindível compreender e interpretar. Ademais, esse compreender e interpretar demonstram que não existe sentido zero e que os preconceitos do intérpretes devem ser levados em consideração, não se vinculando o texto a vontade do legislador (GADAMER, 2015). Ademais, não se pode olvidar que inexistente qualquer compreensão completamente livre de preconceitos, em que pese sempre se deva buscar ter consciência destes (GADAMER, 2015). Ainda, deve-se ter presente que

[...] uma lei é sempre geral e não pode conter todas a complexidade concreta de um caso particular (Diga-se, de passagem, que esse é o problema próprio da hermenêutica jurídica.) Uma lei é sempre insuficiente; não em razão de qualquer falha intrínseca, mas porque o mundo, como campo de nossas ações, é sempre imperfeito com relação à ordem ideal projetada pelas leis (GADAMER, 2006, p. 53).

Evidente, pois, que é necessário rever dois pontos em quais estão ancorados a Teoria do Fato Jurídico. De um lado, se reconhece que não é possível pré-estabelecer o sentido dos vocábulos constantes nas regras jurídicas. De outro, resta latente que a lei não é capaz de prever todas as

situações do mundo fático que necessitam ser, também, consideradas jurídicas. Em razão disso, é necessário determinar que para se verificar a ocorrência do previsto na regra jurídica é imprescindível a interpretação dos elementos, não havendo um sentido pré-dado, bem como é imprescindível compreender que para determinar a incidência, ou seja, o preenchimento do suporte fático, deve-se levar em consideração não apenas a lei, mas, sim, todas as fontes do Direito analisadas conjuntamente.

Essa modificação de paradigmas é possível, tendo em vista as próprias mudanças havidas no século XXI. Ao lado disso, a Hermenêutica Filosófica reconhece que é possível observar uma Teoria de formas diversas a depender da consciência histórica (GADAMER, 2006). Dessa forma, considerando-se o cenário diverso que vigia no momento da elaboração da Teoria Pontemirandiana e a atual conjuntura, tem-se que a Teoria do Fato Jurídico, igualmente, necessita ser repensada a partir de novos arranjos que foram sendo formatados. Em suma, pode-se afirmar que “[...] o acontecer hermenêutico da revisão da Teoria do Fato Jurídico se projeta na experiência histórica produzida no/pelo contexto onde se verifica o contínuo processo de modificação do Direito Privado” (ENGELMANN, 2010, p. 300-301).

Não há, pois, que se falar em eliminação do mundo jurídico e do mundo fático, ambos seguirão existindo, sendo aquele, na verdade, um submundo deste, conforme já determinava Pontes de Miranda. Nesse ponto, não havia e, portanto, não se mantém um dualismo, apenas existem submundos dentro do mundo dos fatos, sendo que um deles é o mundo jurídico.

Além disso, para que um determinado fato entre no mundo jurídico necessário verificar a correspondência entre que o está descrito na norma jurídica – aqui compreendida como sendo qualquer fonte do Direito, não se restringindo apenas à Lei – e o fato concreto. Em síntese, é necessário que se verifique a ocorrência do disposto no suporte fático – o qual é formado

por todas as fontes do Direito conjuntamente – para que uma determinada situação passe a fazer parte do mundo jurídico.

O suporte fático, contudo, não deve ser visto como uma determinação pré-dada com um sentido pré-fixado, como uma resposta como estatuído por Pontes de Miranda. O suporte fático deve ser considerado, em razão do exposto acima, como sendo um rastro, um caminho, que está sempre permeado de interrogações. Assim, identificado o rastro, que, no caso, seriam as possíveis fontes do Direito aplicáveis à situação concreta, cabe questionar por onde aquele caminho conduz (GADAMER, 2007) e quais são os outros rastros, que com este se interconectam, merecendo, nesse ponto, relevância os chamados vetores interpretativos.

Nesse aspecto, demonstra-se a importância da constância da interrogação. Ou seja, o sentido conferido ao que está disposto na regra jurídica dependerá da interpretação do agente que está em uma situação hermenêutica e que para formar a compreensão acerca do evento partirá de questionamentos quanto aos seus próprios preconceitos e sua legitimidade (GADAMER, 2006), para, então poder questionar sobre o sentido do objeto mesmo – leia-se aqui tanto a situação concreta quanto o sentido da respectiva ou das respectivas fontes do Direito conjugadas.

Este perguntar, bem como as respectivas respostas serão estipulados através do diálogo com o outro. Nesse caso, o texto aparece como um outro e o intérprete busca se aproximar dele (GADAMER, 2007), levando em conta a historicidade, bem como os preconceitos autênticos. Nesse dialogar, portanto, não existe nada pré-dado, pré-definido, apenas se busca dar uma direção. “Nós formulamos uma questão. Talvez compreendamos na resposta aquilo que o outro compreendeu ou pensou. Somente se o compreendemos até esse ponto, podemos efetivamente responder” (GADAMER, 2007, p. 120). Frise-se que a resposta do outro pode ser algo surpreendente para o intérprete, abrindo-se novos questionamentos. Ademais, várias respostas

são possíveis, até mesmo porque não se segue um único rastro, estes podem se cruzar, terminar etc.

O primeiro aspecto a que se deve deter o intérprete, portanto, é o questionamento. Isso porque a pergunta efetuada colocará o agente frente a algumas possibilidades, afastando outras. Por isso, deve-se ter o cuidado ao serem formulados os questionamentos, demonstrando-se que o ato de questionar é mais difícil do que o próprio responder (GADAMER, 2007). Quando se está diante, pois, de uma situação concreta, em que se busca aferir se existem elementos suficientes que a tragam também para o mundo jurídico, é preciso, antes de mais nada, formular os questionamentos, que levarão ao diálogo e delimitarão o(s) rastro(s) a ser(em) seguido(s).

“Assim, a dialética de pergunta e resposta sempre precedeu a dialética da interpretação. É aquela que determina a compreensão como um acontecer” (GADAMER, 2015, p. 609). Dessa forma, a compreensão e, a sua exposição, que se opera pela interpretação, estarão balizadas pelos denominados rastros, que permitem que seja conferida uma unidade de sentido ao que se busca interpretar.

Essa delimitação do poder do intérprete se coaduna com a lição pontemirandiana, pois Pontes de Miranda “[...] entendia que não deveria existir discricionariedade do intérprete-juiz na fixação da norma individual para o caso concreto” (ALDROVANDI; SIMIONI; ENGELMANN, 2015, p. 22). Situação também rechaçada por Gadamer (2015). Assim, quando da realização da interpretação existem balizas. As balizas são os rastros, que, conforme definido anteriormente, são caminhos que podem ser trilhados. Existem, pois, vários rastros, sendo que para repensar a Teoria em questão dois deles devem se entrelaçar, quais sejam: o suporte fático e os vetores interpretativos.

As balizas apresentadas pelo suporte fático são mais específicas em relação ao fato concreto propriamente dito. Isso porque se direcionarão a este

e às possíveis fontes do Direito, que carreguem no seu âmago a possibilidade de incidência-aplicação. Já os vetores interpretativos são mais amplos. Assim, tratam-se de balizadores gerais, que deverão ser observados em relação a todos os casos concretos. Porém, não se pode olvidar que é imperioso que o intérprete vá do todo para a parte e vice-versa, assim, o suporte fático e os vetores interpretativos precisam dialogar.

A título exemplificativo, diante de uma suposta publicidade irregular, no âmbito do *Instagram*, como balizas específicas ter-se-ão, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, a Constituição Federal, o Código Civil, os elementos peculiares do caso concreto. Esse conjunto comporá o suporte fático, que irá, a partir da compreensão e da interpretação, ficando, cada vez mais, específico, pois se delimitarão, por exemplo, quais os dispositivos que possuem correlação com o caso. Ao lado disso, nesse caso, dever-se-ão observar também os vetores interpretativos previstos na Teoria Geral da Interpretação.

Já quando um indivíduo é demitido em razão de postagens que efetuou no âmago da rede social acima referida, os vetores interpretativos serão os mesmos, contudo, compreendidos e interpretados de acordo com o caso concreto. Porém, o suporte fático, âmbito mais específico de balizamento, será diverso, isso porque, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, já não será mais uma opção de rastro, porém, sim, a Consolidação das Leis do Trabalho.

Demonstrado, pois, que os vetores interpretativos partem de uma análise de todo o sistema jurídico e serão balizadores de todos os casos existentes, cumpre referir que os mesmos encontram-se previstos nos elementos da Teoria Geral da Interpretação (STRECK, 2018), que possui preceitos imbuídos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, mas principalmente na Constituição Federal. Assim, o intérprete levando em consideração, o fato concreto, o disposto nas mais variadas fontes do Direito,

a partir da sua interpretação balizada – pela Teoria Geral da Interpretação – poderá determinar se houve a incidência-aplicação ou não, ou seja, se o fato tornou-se também jurídico. Verificando a incidência-aplicação, o fato comporá tanto o mundo dos fatos quanto o submundo jurídico, sendo, pois, relevante para o Direito.

No que tange aos balizamentos previstos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, esta sofreu alterações em 2018, através da Lei 13.655 (BRASIL, 1942), que incluiu dispositivos atinentes à forma como o intérprete deve elaborar as suas decisões quanto à verificação de um fato tornar-se relevante para o Direito. Nesse aspecto, merecem destaque os artigos 20 e 23 da referida Lei (BRASIL, 1942).

Inicialmente, o artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro determina que ao se verificar a ocorrência do suporte fático e, portanto, a ocorrência da incidência-aplicação, em casos em que se está diante de “valores jurídicos abertos” – que nada mais são do que as já mencionadas cláusulas gerais – não será possível proceder à compreensão dessas situações desconsiderando as consequências práticas. Ou seja, o intérprete deverá, no momento, da compreensão sopesar as consequências que podem advir do fato e aferir se haverá proporcionalidade para, então, determinar a relevância ou o enquadramento jurídico da situação concreta (BRASIL, 1942). Complementando o exposto no artigo 20, o artigo 23 da aludida Lei dispõe que quando for delineada uma interpretação ou orientação nova sobre norma, que contenha cláusula geral e isso implique novo dever ou novo condicionamento de direito, caberá ao intérprete prever regime de transição quando este for indispensável.

A Constituição apresenta elementos orientadores, ainda, mais visíveis ao intérprete. Isso porque ela é a responsável pela ligação entre Direito e Política, bem como a que deverá resguardar a democracia. Diante disso, é imprescindível que sempre, diante de qualquer situação, se busque concretizar

a Constituição. Para tanto, caberá ao intérprete também se socorrer a outras fontes do Direito. Dessa forma, tem-se que

[...] a construção dos marcos que sustentam a construção do suporte fático encontra no texto constitucional o seu ponto fixo. Portanto, desta forma será reduzida a margem de discricionariedade do magistrado, pois a estruturação da resposta não terá o seu foco apenas na lei, mas na pluralidade levantada pelas diversas fontes do Direito (ENGELMANN, 2010, p. 299).

Nesse norte, é imprescindível que se aponte um conjunto de padrões aplicativos, que nada mais são do que os vetores interpretativos, que se encontram ancorados constitucionalmente, que deverão guiar o intérprete, ou seja, que serviram como rastros, caminhos a serem trilhados. Desde já, é imprescindível frisar que não se trata de estipular regras de interpretação ou princípios taxativos, mas alguns rastros, que devem ser observados pelo intérprete (STRECK, 2018).

O primeiro balizamento que se encontra é a necessária preservação da autonomia do Direito. Esta é a condição de possibilidade do próprio Direito. A autonomia entende-se como “ordem de validade, representada pela força normativa de um Direito produzido democraticamente” (STRECK, 2018, p. 77). E é a partir dessa autonomia, que se ancora na Constituição, que deve ser abordado o intercâmbio do Direito com os outros campos do saber (STRECK, 2018).

Nesse aspecto, tem-se, pois, que a Constituição é o fio condutor, que intermedia o papel do legislador e do juiz, que deverá proceder a interpretações balizadas hermeneuticamente (STRECK, 2018). Ademais, a importância da análise dos casos concretos verifica-se a partir dessa intermediação, que apenas será efetuada na prática e não em abstrato (STRECK, 2018).

A partir disso, tem-se que o intérprete não pode livremente atribuir sentido aos textos normativos. Deve-se ter em mente que as palavras da

Lei dizem algo e não o contrário. “Há, pois, um processo de objetivação que funciona como interdição e anteparo às tentativas de atribuição de sentido a partir de ‘graus’ zero” (STRECK, 2018, p. 79).

Assim, é clarividente que outra baliza que precisa ser observada é o afastamento de discricionariedades. Quando há discricionariedade “[...] o julgador efetivamente cria uma regulação para o caso que, antes de sua decisão, não encontrava respaldo no ordenamento ou ultrapassa os limites semânticos e ingressa na arbitrariedade, coisa que ocorre frequentemente” (STRECK, 2018, p. 79). Para evitar isso, é necessário que a questão da compreensão e interpretação seja o cerne da problemática jurídica (STRECK, 2018) estando o intérprete sempre balizado pelo caso concreto, pelas diretrizes constitucionais e pelo próprio texto.

Quando se estiver diante do Poder Judiciário essa verificação será possível a partir da justificação da decisão do julgador<sup>9</sup>. Isso porque os argumentos utilizados deverão levar em consideração o conjunto do Direito, ou seja, é necessário que haja integridade ou espiral (STRECK, 2018). Ao lado disso, preciso, em razão da coerência, observar decisões anteriores que tenham sido proferidas em casos similares (STRECK, 2018). Isso, contudo, não significa que as decisões não possam ser alteradas, até mesmo porque o mundo é dinâmico, mas para tanto, necessário que existam mudanças que justifiquem essa outra compreensão.

Da mesma forma que se encontram balizas nos vetores interpretativos, esses elementos orientadores também se encontram no suporte fático, que tem sua concepção alterada, pois este deixa de aparecer como sendo uma resposta definitiva, na qual o caso concreto se encaixa ou não. O suporte fático é, ao lado dos vetores interpretativos, um rastro, que depende do caso concreto e da interpretação devidamente balizada para sua configuração.

<sup>9</sup> Isso significa que o juiz deve explicitar as razões pelas quais compreendeu, revelando-se como uma blindagem contra historicismos e a-historicidade. Assim, tem-se que justificar a decisão é mais do que motivá-las (STRECK, 2018, p. 83).

Assim, a incidência apenas ocorrerá se preenchido o suporte fático, ou seja, se o intérprete, a partir da interpretação, chegar a conclusão que se trata de caso de concretizar a lei no caso concreto (GADAMER, 2015). A realização do suporte fático, por sua vez, depende da interpretação. Dessa forma, afastada também está a incidência infalível e desprendida da atividade interpretativa, apregoada por Pontes de Miranda. Esse entendimento, igualmente, se coaduna com a resposta de 34,1% dos docentes que responderam ao questionário aplicado. Estes afirmaram que a incidência sempre depende da interpretação, ou seja, é preciso levar em consideração a compreensão e a pré-compreensão do agente no que tange à norma jurídica e ao contexto fático. A interpretação, portanto, deve se operar para que se verifique a incidência. Porém, tendo em vista que a atribuição de sentido apenas se opera diante de um caso concreto, a interpretação apenas ocorrerá se for aventada a possibilidade de incidência. Ademais, a interpretação não cessa com a verificação da entrada de um fato no mundo jurídico, ela seguirá ocorrendo dentro do círculo hermenêutico.

Assim, verifica-se que a compreensão ocorre antes da interpretação, mas está intimamente associada a esta. Já ambas ocorrem antes, durante e até mesmo após a incidência, mas apenas se operará se houver a possibilidade de ocorrência desta, uma vez que a atribuição de sentido não se opera em abstrato, é necessário, pois, que exista um caso concreto.

Ao lado disso, Pontes de Miranda cindia a incidência da aplicação. Segundo ele, aquela era infalível e se operava automaticamente e esta apenas ocorria eventualmente, se verificado o não atendimento. Já restou afastada a possibilidade de incidência infalível e automática, independente da atividade interpretativa. Da mesma forma, considerando a perspectiva do círculo hermenêutico, não há que se falar em cisão entre incidência e aplicação, tem-se, pois, uma incidência-aplicação, ou seja, une-se a incidência e a aplicação, passando-se a tratar, portanto, de ambos os momentos conjuntamente, no constante movimento do círculo hermenêutico.

Nesse ponto, cumpre referir que, segundo Gadamer (2015, p. 251), “a aplicação não é o emprego posterior de algo universal, compreendido primeiro em si mesmo, e depois aplicado a um caso concreto. É, antes, a verdadeira compreensão do próprio universal que todo texto representa para nós”. Tal, contudo, é diverso da incidência-aplicação. Isso porque esta ocorrerá quando apreciados conjuntamente a situação concreta e as fontes do Direito – aplicação – no movimento entre o todo e a parte, compreenda-se que a situação é relevante para o Direito. Isso porque no momento em que se operar a compreensão e a interpretação e, portanto, a aplicação nos moldes Gadamerianos, poder-se-á chegar a conclusão de que aquele fato concreto não está abarcado por nenhuma norma e, portanto, é irrelevante para o Direito, não se tornando, pois, também, parte do mundo jurídico.

Ademais, é necessário ter presente também que a determinação da incidência-aplicação não é estanque. Isso porque a sua ocorrência se opera no bojo círculo hermenêutico, o qual “[...] está sempre se ampliando, já que o conceito do todo é relativo e a integração em contextos cada vez maiores afeta sempre também a compreensão do individual” (GADAMER, 2015, p. 261). O não exaurimento da compreensão e da interpretação e, portanto, impossibilidade de incidência infalível é corroborada, ainda, pela ausência de dissolução do círculo hermenêutico quando da ocorrência da compreensão.

Aoladoisso,éimperiosotambémconsideraraexistênciadahistoricidade. Tal reconhecimento nada mais é do que a adoção do entendimento de que uma única e mesma mensagem transmitida pela tradição pode ser sempre apreendida de maneira diferente a depender da situação histórica concreta daquele que recebe (GADAMER, 2006). Isso, contudo, não implica em discricionaridades, que conforme delineado anteriormente, são refutadas. Dessa forma, reconhecesse que não há uma e nem várias respostas corretas, existe “[...] apenas ‘a’ resposta, que se dá na coisa mesma” (STRECK, 2012, p. 118).

Evidente, pois, que diante dessa nova matriz teórica não se pode mais partir da visão mecanicista, em que se buscava uma mera subsunção, o incidir-aplicar parte de outra perspectiva que não a simples aplicação do geral ao particular. É necessário, para tanto, um constante compreender, interpretar.

Tem-se, assim que, inicialmente, o suporte fático, assim como os fatos estarão inseridos sempre em um contexto, no qual é importante o elemento histórico, mas em relação aos quais também é preciso visualizar o presente. Além disso, é necessário compreendê-los e interpretá-los, o que deverá ser balizado pelos vetores interpretativos. Frise-se, outrossim, que o suporte fático aparecerá como um rastro, que, por meio de perguntas, conduzirá o intérprete diante de um fato concreto, a verificar se tal fato é relevante ou não para o Direito. Verificando-se a relevância jurídica, operar-se-á a incidência-aplicação e o fato que antes estava apenas no mundo dos fatos passará a fazer parte também do mundo jurídico, que é um submundo dentro daquele. Nesse momento, contudo, o círculo não se dissolve, a compreensão e interpretação continuam ocorrendo.

Diante disso, tem-se que com o repensar dos elementos estruturantes da Teoria do Fato Jurídico “[...] não se propõe a sua substituição, mas um realinhamento criativo para conferir à teoria pontesiana mais flexibilidade e abertura, potencializando a produção de efeitos jurídicos a partir de novos direitos” (ENGELMANN, 2010, p. 290). Ou seja, a partir dessa nova configuração é possível afinar a Teoria do Fato Jurídico às novas conflituosidades jurídicas.

## 5 CONCLUSÃO

A Teoria do Fato Jurídico carrega consigo a noção fundamental de Direito, em razão disso, é que, ainda, até os dias atuais, é considerada primordial para a compreensão deste. A referida Teoria foi desenvolvida por

Pontes de Miranda, principalmente nas obras *Tratado de Direito Privado* e na segunda edição do *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, as quais foram publicadas, respectivamente, em 1954 e 1972. Verifica-se, pois, que a Teoria foi desenvolvida sob a égide do Código Civil de 1916, o qual era tipicamente oitocentista, ou seja, buscava reunir toda a matéria atinente ao Direito Civil de forma apreensível e sistemática, buscando-se uma perfeição quantitativa e qualitativa. Outro ponto que é relevante é que a Teoria foi elaborada antes do advento da Constituição Federal de 1988. Ademais, nessa época, na seara social, as modificações não eram tantas e tão velozes como as que se experimentaram no final do século XX e início do século XXI.

Referida Teoria, em sua primeira parte, também denominada de parte geral, preocupa-se em delimitar de que forma um fato, que ocorre no mundo dos fatos, pode passar a ser relevante para o Direito e, portanto, ingressar, também, no mundo jurídico. Ao mesmo passo, determina, fatos que ocorrem no mundo dos fatos, mas que são irrelevantes para o Direito.

Inicialmente, tem-se regras jurídicas, as quais estampam fatos que interessam ao Direito. Previsto, assim, o suporte fático em abstrato. Quando um fato ocorrer no mundo dos fatos e equivaler ao previsto na regra jurídica, o suporte fático estará colorido e a regra jurídica terá incidido. Assim, com a incidência, o fato passará também a ser fato jurídico, operando-se, a chamada jurisdicização. Frise-se que essa incidência é automática e infalível, ou seja, independe de qualquer compreensão ou interpretação ou até mesmo do conhecimento do agente acerca da sua existência. Posteriormente, se não houver o atendimento, poderá se operar a aplicação, a qual tão somente ratifica que houve a coloração, que há ou que tem que haver. A aplicação, portanto, é eventual.

Na Teoria do Fato Jurídico há a cisão entre a incidência e a aplicação. Aquela se opera independentemente de qualquer atividade, bastando para tanto que se verifique a ocorrência do desenhado no suporte fático

em abstrato no mundo dos fatos. Quando não atendida a regra jurídica e, somente, se não atendida, haverá a interferência de alguém ou algum ente, que poderá ser o Poder Judiciário, momento em que se opera a denominada aplicação. Dessa forma, é apenas, nesse momento, que se terá a compreensão e atividade interpretativa. Quando da realização da interpretação, Pontes de Miranda deixa claro que é preciso evitar discricionariedades, bem como que o elemento histórico deve ser levado em consideração.

Pode-se, assim, concluir que: 1. Para que se opere a incidência não há qualquer compreensão e interpretação; 2. A compreensão e interpretação apenas se operam quando e se houver a aplicação; 3. Apenas é possível se cogitar a aplicação quando houver incidência, ou seja, esta é condição de possibilidade daquela; 4. A incidência e a aplicação estão dissociadas, assim, pode ser operada a incidência e não se operar a aplicação.

Essa Teoria apresentada por Pontes de Miranda recebeu e ainda recebe um grande reconhecimento, porém, conforme os próprios professores dos Cursos de Direito afirmaram, a Teoria revela-se insuficiente diante das novas conflituosidades jurídicas. Nesse sentido, mais de 80% dos professores responderam que entendem ser o estudo da Teoria imprescindível para o Direito e 58% dos professores que responderam ao questionário afirmando que é ser necessário repensar a Teoria do Fato Jurídico, pois como apresentada originariamente ela é insuficiente. Esse repensar foi, portanto, estruturado tendo como pano de fundo a Hermenêutica Filosófica gadameriana.

Assim, partindo-se de Gadamer, entendeu-se, inicialmente, que não é possível considerar a finitude da Teoria do Fato Jurídico, reconhecendo apenas a sua importância histórica. Nesse norte, tem-se que é preciso, diante da complexidade do mundo atual, repensar os elementos estruturantes da Teoria do Fato Jurídico, conferindo-lhes uma nova roupagem.

Referido repensar parte da Teoria como estruturada por Pontes de Miranda. Isso porque é imprescindível que se observe a consciência

histórica-efetual, a qual não tem como condão adotar o modelo original, porém de conhecê-lo como um fenômeno histórico, o qual apenas pode ser compreendido a partir de sua própria época. Lembrando que a isso sempre será agregado um algo mais, que permitirá a copertença da Teoria no mundo presente.

É, nesse sentido, que se verifica que não é possível pré-determinar os sentidos das situações determinadas pelas fontes do Direito, conforme apregoava a Teoria do Fato Jurídico. Isso porque o sentido apenas poderá ser atribuído frente ao caso concreto, o qual é composto tanto pelo presente quanto pelo passado. Assim, há uma intrínseca relação entre o mundo jurídico e o mundo dos fatos, sendo que um apenas pode ser compreendido a partir do outro. Isso porque a significação apenas pode ser compreendida a partir do contexto em que se está inserido. É, pois, o contexto em que se insere o caso concreto com suas respectivas características e o intérprete, que determinam as respostas, bem como delimitam novos questionamentos.

Há, portanto, uma constância de interrogações, sendo, inclusive, as perguntas mais importantes que as respostas. Ou seja, o sentido conferido ao que está disposto na regra jurídica dependerá da interpretação do agente que está em uma situação hermenêutica e que para formar a compreensão sobre o evento partirá de questionamentos quanto aos seus próprios preconceitos e sua legitimidade, para, então poder questionar sobre o sentido do objeto mesmo. Essa compreensão e interpretação se operaram no âmago do círculo hermenêutico, o qual afasta qualquer possibilidade de cisão, fragmentação ou fatiamento<sup>10</sup>. No seu interior, constantemente vai-se do todo para a parte e da parte para o todo.

Reconhece-se, nesse norte, que não é possível pré-estabelecer o sentido dos vocábulos constantes nas regras jurídicas, bem como que a lei

<sup>10</sup> Isso se opera, pois “a Crítica Hermenêutica do Direito, com base em Gadamer, defende que não é possível aplicar o direito por etapas” (PEREIRA; ZANETI JÚNIOR, 2019, p. 36).

não é capaz de prever todas as situações do mundo fático que necessitam ser, também, consideradas jurídicas. Em razão disso, é necessário determinar que para se verificar a ocorrência do previsto na regra jurídica é imprescindível a interpretação dos elementos, não havendo um sentido pré-dado.

O suporte fático em abstrato, portanto, não aparece como uma resposta em relação à qual o fato poderá ou não se encaixar de forma automática. Ao revés, ele é um rastro, apresenta o caminho que poderá ser seguido pelo intérprete. Assim, cabe questionar por onde aquele caminho conduz e quais são os outros rastros, que com este se interconectam. Dessa forma, como não é possível falar em sentidos pré-determinados, como se houvesse sentidos sem coisas, não haverá, igualmente, incidência automática e infalível, conforme pretendia Pontes de Miranda.

Ademais, a incidência e a aplicação não se operam em momentos cindidos, passando-se a tratar da incidência-aplicação como sendo o momento único em que o intérprete, partindo da compreensão e interpretação, verificar frente à situação concreta, se aquele fato é relevante para o Direito. Frise-se, contudo, que essa análise não será aleatória ou discricionária, como se existisse grau zero de sentido. Haverá balizadores que nortearam a compreensão e interpretação do intérprete no âmbito do círculo hermenêutico.

Ademais, a interpretação ela não cessa com a verificação da entrada de um fato no mundo jurídico, ela seguirá ocorrendo dentro do círculo hermenêutico. Isso porque o mundo passa por constantes alterações que, igualmente, acabam por influenciar no próprio processo de compreensão e interpretação. É necessário, portanto, um constante compreender, interpretar.

A compreensão e a interpretação são, pois, condições de possibilidade para que possa se aventar a incidência-aplicação de uma regra jurídica. Não é possível determinar a incidência automática, sem que haja atividade interpretativa, deixando-se esta apenas para um momento posterior e eventual como pretendia Pontes de Miranda.

Sendo assim, tem-se que os textos e todos os fatos da vida necessitam sempre ser interpretados. A interpretação, por sua vez, poderá ser mais simples ou mais complexa, a depender da especialização da respectiva regra, porém sempre existirá. Ou seja, quanto mais especializada a regra jurídica menos complexa será a interpretação que deverá ser realizada. Esse entendimento se compactua com a questão atinente às cláusulas gerais, que acabam afastando a regra da sua especificação, o que exige um trabalho interpretativo mais complexo.

Por fim, cumpre referir que embora Pontes de Miranda tenha pautado a sua Teoria a partir de uma aproximação dos métodos das ciências humanas com as ciências exatas, o certo é que chegou a reconhecer, por vezes, a importância e a necessidade de interpretar. Ao lado disso, indicava a importância da alocação histórica das Teorias e dos elementos, entendendo que tal poderia sofrer influxos a partir das modificações jurídicas e sociais. É, diante disso, que a nova roupagem aos elementos estruturantes da Teoria do Fato Jurídico pode se operar a partir da Hermenêutica Filosófica, pois, embora se trate de uma matiz teórica diversa, apresenta traços já reconhecidos por Pontes de Miranda.

## REFERÊNCIAS

ALDROVANDI, Andréa. **A resignificação hermenêutica da concepção de fato jurídico de Pontes de Miranda como condição de possibilidade para a juridicização do fato nanotecnológico**: uma abordagem feita sob o recorte dos possíveis riscos produzidos pelos nanoalimentos com prata. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2014.

ALDROVANDI, Andréa; SIMIONI, Rafael Lazzarotto; ENGELMANN, Wilson. Traços positivistas das teorias de Pontes de Miranda: influências do positivismo sobre Sistema de Ciência Positiva do Direito e Tratado de Direito Privado – um percurso com várias matizes teóricas. **Civilistica**, ano 4, n. 2, 2015. Disponível em: <http://>

civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Aldrovandi-Siminoni-e-Endelmann-civilistica.com-a.4.n.2.20151.pdf. Acesso em: 31 jan. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm). Acesso em: 31 jan. 2019.

ENGELMANN, Wilson. A (re)leitura da Teoria do Fato Jurídico à luz do “diálogo entre as fontes do direito”: abrindo espaços no Direito Privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. *In*: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. n. 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2010.

ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva: A Virada Hermenêutica.** v. II. Petrópolis: Vozes, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica.** 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2015.

KENSKI, Vani Moreira. **Educação e tecnologias: o novo ritmo da informação.** 8. ed. Campinas: Papyrus, 2012.

KRELL, Andreas J. A Relevância da Teoria do Fato Jurídico no âmbito do Moderno Direito Constitucional e Administrativo. *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie; EHRHARDT JUNIOR, Marcos (coords.). **Revisitando a Teoria do Fato Jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello.** São Paulo: Saraiva, 2010.

LÉVY, Pierre. **A conexão planetária: o mercado, o ciberespaço, a consciência.** São Paulo: Editora 34, 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de informação legislativa**, v. 36, n. 141, p. 102, jan./mar. 1999. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/453>. Acesso em: 31 jan. 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. Apresentação: autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: MARTINS-COSTA, Judith. **Modelos de Direito Privado**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 135, n. 139, 1998. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/383>. Acesso em: 31 jan. 2019.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. À margem do direito. Campinas: Bookseller, 2002.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Sistema de ciência positiva do Direito**. Tomo II. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972b.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Sistema de ciência positiva do Direito**. Tomo III. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972c.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Sistema de ciência positiva do Direito**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972d.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: parte geral, Tomo I, Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: parte geral, Tomo I, Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: parte geral, Tomo II, Bens. Fatos jurídicos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972a.

MORAES, Maria Celina B. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio, Rio de Janeiro, v. I, 1991. Disponível em: [https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/43660693/Direito\\_Civil\\_texto.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1537283968&Signature=6OKNC8NSHw%2FzVIhweCxBKO2ZoaY%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DA\\_Caminho\\_de\\_um\\_Direito\\_Civil\\_Constituci.pdf](https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/43660693/Direito_Civil_texto.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1537283968&Signature=6OKNC8NSHw%2FzVIhweCxBKO2ZoaY%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DA_Caminho_de_um_Direito_Civil_Constituci.pdf). Acesso em: 31 jan. 2019.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 4. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

MOTA, Lourenço Dantas. **A história vivida (III)**: documentos abertos [entrevistas]. São Paulo: O Estado de São Paulo, 1981-1982.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Interpretação operativa, hermenêutica e precedentes: um diálogo com Lenio Streck. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ**, Belo Horizonte, ano 17, n. 25, p. 29-43, jan./jun. 2019.

SANTOS, Antonio Wolkmer. A Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda em face do pragmatismo analítico de Wittgenstein. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 17, n. 33, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/3492/2079>. Acesso em: 31 jan. 2019.

SANTOS NETO, Francisco Amaral dos. O Direito Civil no paradigma da complexidade. In: CASSETTARI, Cristiano. **10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002**: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et.al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

STRECK, Lenio Luiz; MATOS, Daniel Ortiz. Um direito sem faticidade: uma (des)leitura da Teoria do Fato Jurídico. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.



# NOVAS FORMAS DE VULNERABILIDADE DA PESSOA HUMANA NO MUNDO *ONLIFE*: A PUBLICIDADE COMPORTAMENTAL ONLINE E A AUTONOMIA DO INDIVÍDUO

Haide Maria Hupffer  
Gabriel Cemin Petry

## RESUMO

Na sociedade hiperconectada e vigiada, em que cada indivíduo pode fazer parte de milhares de bancos dados, a prática da publicidade comportamental online (*Online Behavioural Advertising* – OBA) ocorre em ambientes cada vez mais inteligentes e intrusivos, os quais são capazes de provocar impactos na autonomia do ser humano e no livre desenvolvimento da personalidade, devido a extensa coleta e tratamento de dados comportamentais sobre determinada pessoa. O presente estudo objetiva examinar as novas formas de vulnerabilidade do ser humano no mundo *onlife* (a fusão do *online* e *off-line*) pela utilização da técnica de OBA e como as análises preditivas para fins de indução do comportamento afetam a sua autonomia. A pesquisa é exploratória e descritiva com utilização do método dedutivo. No que tange as técnicas de procedimento, utiliza-se a revisão da literatura, pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se que o poder de controle das novas tecnologias digitais, alimentadas com o rastreamento das atividades comportamentais online e off-line, é capaz de afetar de forma radical a liberdade de escolha do ser humano, inclusive na formação de seu pensamento, razão pela qual podem implicar em ofensa à dignidade da pessoa humana. Os dados pessoais comportamentais são valiosos insumos para empresas que utilizam a técnica de OBA, razão pela qual é necessária uma forte tutela do direito à proteção de dados pessoais e autodeterminação informativa.

**Palavras-chave:** Publicidade comportamental online. Direitos Fundamentais. LGPD. Direito digital. Livre desenvolvimento da personalidade.

## ABSTRACT

*In a hyperconnected and surveilled society, in which each individual can be part of thousands of databases, the practice of Online Behavioral Advertising (OBA) occurs in increasingly intelligent and intrusive environments, which are capable of causing impacts on the autonomy of the human being and in the free development of the personality, due to the extensive collection and processing of behavioral data about a person. This study aims to examine the new forms of the vulnerability of human beings in the onlife world (the fusion of online and offline) through the use of the OBA technique and how predictive analytics for the purpose of inducing behavior affect their autonomy. The research is exploratory and descriptive using the deductive method. Regarding the procedural techniques, it is used the literature review, bibliographical and documentary research. It is concluded that the power of control of new digital technologies, fed with the tracking of online and offline behavioral activities, is capable of radically affect human beings' freedom of choice, including in the formation of their personal thoughts, which is why which may imply an offense to the dignity of the human person. Behavioral personal data are valuable inputs for companies that use the OBA technique, which is why strong protection of the right to protection of personal data and informative self-determination is necessary.*

**Keywords:** *Online behavioral advertising. Fundamental rights. LGPD. Digital Law. Free development of personality.*

## 1 INTRODUÇÃO

Redes de empresas comerciais e de publicidade desenvolvem ferramentas e aplicações cada vez mais sofisticadas, apoiadas em sistemas de Inteligência Artificial (IA), para captar os dados e informações dos consumidores nas diferentes interações *online* propiciadas pela internet. Em sequência, os dados captados são categorizados por algoritmos para

enviar anúncios e comunicações individualizadas, assediando e induzindo ao consumo e à leitura de informações não solicitadas. Os dados pessoais, o monitoramento da vida *online* e as informações deixadas nas articulações em redes (internet, aplicativos digitais, plataformas *online*, sítios, plataformas de pesquisa, redes sociais, etc.) são os insumos fundamentais da nova dinâmica da publicidade digital.

A publicidade comportamental *online* é moldada por redes de publicidade que transformam os inputs informacionais deixados no mundo *online* em mensagens e comunicações individualizadas com objetivos comerciais, políticos e culturais. No entanto, a utilização abusiva dos dados rastreados no mundo *online* para prever e influenciar o movimento do consumidor podem interferir na sua autonomia e na liberdade, ou seja, as numerosas possibilidades do mundo digital em disseminar anúncios, mensagens e comunicações a fim de modificar o comportamento estão se tornando uma ameaça à autonomia humana e ao livre desenvolvimento da personalidade.

A prática de direcionamento de publicidades/mensagens/informações e a forma como os dados dos indivíduos são captados, armazenados, processados e utilizados exigem a atenção da sociedade para assegurar que a comunicação publicitária no mundo *online* seja responsável, ética e transparente. Como exemplo, cita-se o trabalho do *Article 29 Data Protection Working Party* da União Europeia, grupo de trabalho que elaborou documento com orientações práticas sobre a necessária transparência no processamento de dados pessoais, em conformidade com a *General Data Protection Regulation (GDPR)*, no diz respeito à prática da publicidade comportamental *online*, com o objetivo de salvaguardar os direitos do consumidor e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

A partir do exposto, objetiva-se no presente estudo observar a prática da publicidade e manipulação comportamental *online* e seu poder de induzir comportamentos individuais e coletivos, bem como os desafios dessa prática

à autonomia, privacidade, liberdade de consumo e livre desenvolvimento da personalidade humana neste novo contexto de mundo *onlife* (produto da fusão entre *online* e *off-line*). Neste sentido, pretende-se analisar a dependência humana e os impactos das novas tecnologias da informação e da comunicação na sociedade sob a ótica da publicidade comportamental *online* e do direito à proteção de dados pessoais. A intenção não é apenas criticar os avanços da comunicação e da publicidade online, mas refletir sobre os riscos da manipulação indevida dos dados e das informações pessoais transformadas em anúncios e mensagens dirigidas por redes de publicidade que estão a serviço da biopolítica da sociedade de controle e de consumo.

Em relação aos objetivos, a pesquisa tem caráter exploratório, descritivo e interpretativo. No que diz respeito a metodologia, o desenvolvimento do conteúdo está estruturado no método dedutivo amparado em ampla pesquisa bibliográfica e em documentos nacionais e internacionais. O estudo está dividido em duas partes. A primeira parte trata do mundo *onlife* e o problema da publicidade comportamental online, com a discussão sobre a dependência humana e o impacto das novas tecnologias da informação e comunicação na sociedade e a análise da técnica da publicidade comportamental *online* e reflexos na autonomia, privacidade, consumo e livre desenvolvimento da personalidade. Quanto a segunda parte, esta procura abordar a publicidade e a manipulação do comportamento sob à ótica do Direito à Proteção de Dados Pessoais, amparada na análise de diplomas legais nacionais e internacionais, bem como bibliografia selecionada.

## 2 MUNDO ONLIFE E O PROBLEMA DA PUBLICIDADE COMPORTAMENTAL ONLINE

Na atualidade, boa parte dos seres humanos comumente vivem rodeados por dispositivos tecnológicos que possibilitam acesso ao mundo

online. Estes dispositivos, cada vez mais “sofisticados” elevam as possibilidades de comunicação e interação humana com outros humanos e dispositivos, encurtam distâncias físicas, e permitem que o ser humano se expresse e se reinvente no ambiente digital (LÉVY, 2011).

O acesso universal à informação e ao conhecimento disponibilizadas pelas novas tecnologias de comunicação inaugura uma nova sociedade nominada por Castells (2003) de Sociedade da Informação. As tecnologias utilizadas pela Sociedade da Informação são capazes de alterar “toda uma sociedade, exigindo mais rapidez e instantaneidade nas relações e nos sistemas”. A evolução digital capitaneada pela Internet ao conectar a sociedade em rede, está também integrando o “mundo em redes globais de instrumentalidade” (CASTELLS, 2003, p. 44-46), gerando uma enorme gama de comunidades virtuais que vão moldando o comportamento individual, o comportamento coletivo e a organização social (CASTELLS, 2019).

O novo paradigma da sociedade é a informação. Para observar a economia da informação e a economia informacional, Castells (2019) faz uma distinção entre “Sociedade da Informação” e “Sociedade Informacional”. A primeira está relacionada ao papel da informação na sociedade em sentido amplo, “por exemplo, como comunicação de conhecimento”. Por sua vez, o termo informacional “indica o atributo de uma forma específica de organização social em que a geração, o processamento e a transmissão da informação tornam-se as fontes fundamentais de produtividade e poder devido às novas condições tecnológicas surgidas nesse período histórico”. O autor registra que essa diferenciação permite “uma caracterização mais precisa das transformações atuais, além da sensata observação de que a informação e os conhecimentos são importantes para nossa sociedade” (CASTELLS, 2019, p. 64-65).

O principal ativo e a maior riqueza da sociedade da informação são as próprias informações e dados que passam a ser “indispensável ao desempenho de qualquer atividade” e se mostra como uma “nova forma de organização

social, política e econômica” (VIEIRA, 2007, p. 177), sendo equiparado por alguns autores como “o novo petróleo” (HOFFMANN-RIEM, 2021, p. 19-21). Castells (2019, p. 119) alerta que o novo paradigma tecnológico ao estar organizado “em torno de novas tecnologias da informação, mais flexíveis e poderosas, possibilitam que a própria informação se torne o produto do processo produtivo”.

A internet, segundo Bauman (2010), oferece inúmeras formas interativas de conexões e possibilita manter os indivíduos informados sobre fatos políticos, econômicos, jurídicos, culturais, notícias mais comentadas, músicas mais ouvidas, tendências da moda, o dia a dia de celebridades, festivais mais comentados, por exemplo. Estar informado sobre o que ocorre em qualquer área auxilia a “atualizar os conteúdos e a redistribuir as ênfases na imagem da pessoa”. Tudo é criado sob medida no mundo online. Para muitas pessoas, é a “quantidade de conexões e não a qualidade que faz toda a diferença para as chances de sucesso ou de fracasso” no mundo online. Os defensores entusiastas da vida online buscam convencer que estar conectado mais benefícios do que malefícios para os indivíduos. Bauman (2010, p. 20-22) chama a atenção que é preciso ser realista e ter presente que “os impactos das novas tecnologias de comunicação são como os feitos da economia liderada pelos bancos, em que os ganhos tendem a ser privatizados, e as perdas socializadas”. Os danos colaterais em muitas situações podem ser desproporcionalmente maiores que os benefícios.

Para Bauman (2010), o que move a vida online é a possibilidade infinita de contatos “plausíveis e factíveis” que não exigem esforços para fortalecer vínculos, pois com uma simples tecla de “excluir” e de “remover spams” é possível descartar interações mais profundas e compromissos “de longo prazo”. No mundo online é possível remodelar a “identidade” e a “rede” sempre que o indivíduo sentir vontade ou necessidade, ou seja, a identidade passa a ser descartável e facilmente abandonável, o que Bauman (2010) classifica

de “*biodegradabilidade da identidade*”. Na sociedade líquida, a dificuldade de se manter fiel a qualquer identidade por muito tempo, cedo ou tarde, tornam as relações humanas fragmentárias e descontínuas. A vida online favorece a distância entre os seres humanos e o outro passa a ser um objeto de apreciação estética. Bauman (2010) alerta que, se de um lado as redes sociais são úteis sob diferentes aspectos e prazerosas, a vida online também pode ser uma armadilha para os indivíduos. A invasão massiva das novas tecnologias são as cicatrizes dos novos tempos.

Assim como Alice, personagem da obra de Lewis Carroll, o ser humano é facilmente encantado pelo tecnológico coelho branco e, por conseguinte, convenientemente é levado até “O País das Maravilhas Digital”, localidade onde o indivíduo prova da própria desilusão ao perceber que o mágico e gratuito acesso aos serviços oferecidos digitalmente, na verdade, são uma forma de alimentação dos “capitalistas de vigilância” que se alimentam dos dados e informações que, de bom grado, são disponibilizados (ZUBOFF, 2020).

O próximo sub tópico dedica-se a analisar o advento do mundo *onlife*, que incorpora os novos desafios do desenvolvimento de novas tecnologias da informação e comunicação (TICs) mais intrusivas, a fusão do mundo *online* e *off-line*, com ambientes inteligentes cada vez mais presentes no meio físico, bem como o impacto de seu uso e desenvolvimento na sociedade e na condição humana.

## 2.1 O MUNDO *ONLIFE*: A DEPENDÊNCIA HUMANA E O IMPACTO DAS NOVAS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO NA SOCIEDADE

Segundo sustenta o filósofo da informação Luciano Floridi (2015), o termo “*onlife*” consiste em um neologia que corresponde a experiência de uma realidade “hiperconectada” em que não se faz mais possível realizar

uma distinção precisa entre o que é *online* e *off-line*. As novas tecnologias da informação e da comunicação (TICs) acabam justamente por modificar o mundo na medida em que criam novas realidades e alteram a concepção sobre o mundo físico, afetando de forma radical a condição humana: metamorfoseando a relação do ser humano consigo mesmos, com os outros e com o mundo (THE ONLIFE INITIATIVE, 2015). No que atine a essa transição para o mundo *onlife*, atenta Floridi que “o mundo digital-online está transbordando para o mundo analógico-*off-line* e fundindo-se com ele” (FLORIDI, 2014, p. 43).

Nesta esteira, como afirma Wolfgang Hoffmann-Riem, o aperfeiçoamento da transformação digital depende do entrelaçar dos mundos *online* e *off-line*. De fato, afirma Hoffmann-Riem, ao falar da Internet das Coisas e das TICs, que as novas tecnologias desenvolvidas, muito embora associadas geralmente ao plano exclusivamente digital, estão adentrando cada vez mais os espaços físicos da sociedade: esse seria o caso do desenvolvimento de tecnologias “ciberfísicas”, possibilitando um debate acerca da “*Internet of Everything*”, “Indústria 4.0” e “Ambientes Inteligentes”. A terminologia “*onlife*” é abordada por Hoffmann-Riem como o termo que deixa claro que “nossas vidas não estão nem *on-line* nem *off-line*, mas que um novo tipo de mundo – o mundo *onlife* – está começando a se formar” (HOFFMANN-RIEM, 2021, p. 25-26). Essa posição alinha-se ao entendimento de Hildebrandt, no sentido de que se mostra adequado o emprego do termo *onlife*, especialmente, considerando a notável fusão das TICs no plano físico: algo como se “nossos arredores físicos estivessem se tornando vivos” (HILDEBRANDT, 2015a, p. 42), graças, por exemplo, as agências baseadas em dados.

Para Hildebrandt, as consequências do uso e dependência destas tecnologias tem o poder de metamorfosear as pessoas, neste mundo *onlife*, em inconscientes digitais (“*digital unconscious*”) (HOFFMANN-RIEM, 2021, p.

26), objetos de controle inconsciente por meio de “*Pre-emptive Computing Systems*”: “em vez de perguntar sobre suas preferências ou discutir seus desejos, um ambiente inteligente deve estimar quais intervenções pode realizar em seu nome, sem perturbá-lo” (HILDEBRANDT, 2015a, p. 42-60). O direcionamento humano passa despercebido, quase como se invisível fosse e jamais tivesse ocorrido, sendo possível questionar se determinada decisão é ou foi realmente fruto do desejo do próprio indivíduo.

As máquinas de café espiariam você e adivinhariam suas preferências em termos de açúcar, leite e até mesmo tempo; as geladeiras pediam o leite antes que você acabasse e os carros inteligentes se conectariam ao gerenciamento de tráfego para guiá-lo por uma estrada com menos congestionamento. O cenário rosa de um ambiente que funciona como um mordomo invisível que atende às suas preferências antes que você se dê conta delas pode ter sido projetado como uma ferramenta de marketing, ele resume bem a inocência e o conforto da computação preventiva eficaz (HILDEBRANDT, 2015a, p. 60).

À ótica de Wolfgang Hoffmann-Riem (2021), a utilizações de tais sistemas pode elidir a capacidade de reflexão consciente, bem como a liberdade de escolha e, com isso, um dos princípios mais básicos das sociedades modernas: a autonomia humana. Assenta, neste sentido, que “embora a autonomia seja legalmente garantida [...] seu exercício pode, de fato, ser prejudicado por controles externos tecnicamente sólidos, que não são ou são dificilmente reconhecidos como tal” (HOFFMANN-RIEM, 2021, p. 26). Antes que você perceba que está com fome, o mordomo invisível já ordenou a comida que justamente precisava – e, mesmo que não se saiba a hora do despertar de seu apetite e tampouco o que gostaria para sua refeição, ela vem na hora certa e com o sabor certo. Antes que se forme uma intenção, a motivação subjacente é resolvida (“*subliminal interventions*”) e o indivíduo é “liberto” ou “aliviado” da necessidade de tomar uma decisão. Nas palavras de Hildebrandt, não se trata de um mordomo, mas sim de infraestruturas da comunicação e informação que determinam o ambiente, a mente estendida

e o eu, de forma que as “*subliminal interventions*” são formadas por um inconsciente digital que envolve o ser no mundo físico (HILDEBRANDT, 2015a, p. 62).

Quem jogará xadrez com o mestre que é capaz de antecipar todos os seus movimentos com base em seu histórico em outras partidas e o seu comportamento? Certamente jogará aquele que desconheça tal condição pré-existente na partida: o “mestre oculto”. Neste caso, em razão do conhecimento prévio do mestre oculto, acerca dos dados, informações, histórico, intenções e, entre outros, o comportamento do outro jogador, o adversário será conduzido, sem sequer perceber, à um fatal xeque-mate.

Com base em tal analogia, Hildebrandt (2015a, p. 59) destaca o valor da antecipação de movimentos para o mercado digital: os dados, pessoais ou não, fornecem poder àquele que os maneja (os “mestres ocultos”), de forma a poder interferir nos interesses, influenciar decisões e operações mentais – sendo que o valor destes serviços subirá, caso o indivíduo, usuário, eleitor, consumidor (etc.) seja incapaz de identificar que dados compõem seus escores ou “*data points*”. Segundo Eric Siegel (2017, p. 13), dados são sempre dotados de natureza preditiva – eis uma de suas características “petrolíferas” do uso de dados – podendo serem utilizados em sistemas de Inteligência Artificial (IA), através de “*Machine Learning*”, para realizar Análises Preditivas (AP): “tecnologia que aprende a partir da experiência (dados) para prever o comportamento futuro de indivíduos a fim de gerar melhores decisões”. Aí o questionamento: para quem?

Ainda segundo Siegel (2017), todas as informações e dados acerca de determinado indivíduo podem ser importantes para fins preditivos, especialmente aqueles voltados ao comportamento do indivíduo: consumir, pensar, trabalhar, demitir-se, votar, ter filhos, amar, divorciar-se, cometer erros, mentir, trair, morrer, roubar e etc. Tais interações e previsões digitais têm o poder de causar significantes efeitos no mundo físico, das mais diversas

formas, como através da exibição de anúncios, recomendações e descontos a consumidores, auxílios governamentais, influência em condenações e investigações criminais, empréstimos financeiros, diagnósticos e tratamentos médicos, entre outros. Acerca da coleta e uso de dados comportamentais para fins preditivos, prossegue Siegel:

Na verdade, é normalmente o que os indivíduos *fizeram* que prevê o que eles *farão*. E a AP se alimenta dos dados que vão além dos dados demográficos infecundos, ainda que essenciais, como localização e gênero para incluir *preditores comportamentais* como, frequência, compras, atividade financeira e utilização de produtos como chamadas e navegação na internet. Esses comportamentos são em geral os mais valiosos – é sempre um comportamento que buscamos prever, e de fato comportamento prevê comportamento. Como disse Jean-Paul Sartre: 'O verdadeiro eu [de um homem] é dito por suas ações' (SIEGEL, 2017, p. 97).

Neste sentido, as possibilidades de controle oriundas das novas tecnologias digitais ultrapassam, de forma quantitativa e qualitativa, as tradicionais formas de influência da mídia (HOFFMANN-RIEM, 2021). De fato, com este avanço cada vez mais invasivo das TICs, é possível observar as seguintes transformações: a) a indefinição da distinção entre o plano da realidade e do digital; b) a opacidade entre o humano, a máquina e a natureza; c) a reversão da “escassez” de informação para a abundância informativa; d) a mudança da primazia das entidades para as interações (THE ONLIFE INITIATIVE, 2015, p. 2-3). Nas palavras de Floridi (2014, 2015), para pessoas que vivem em sociedades “*hiper-históricas*”<sup>1</sup>, uma das consequências da informatização dos ambientes comuns é justamente a experiência da vida *onlife*: uma infosfera que cada vez mais está sincronizada, deslocalizada e correlacionada (FLORIDI, 2014).

<sup>1</sup> Para Luciano Floridi, com base no uso e dependência das TICs, é possível dividir sociedades humanas em três categorias conceituais. A pré-história: período anterior ao uso e desenvolvimento das TICs; A história: onde o bem-estar individual e social está relacionado ao uso e desenvolvimento das TICs, e; hiper-história: onde o bem-estar individual e coletivo está estabelecido de forma dependente do uso e desenvolvimento das TICs (FLORIDI, 2014, p. 3; FLORIDI, 2015, p. 41).

Pode-se destacar, neste sentido, que com o advento do “*machine learning*”, por exemplo, as novas tecnologias da informação e comunicação ultrapassam a condição de meros instrumentos que operam de acordo com as instruções de um indivíduo; ao contrário, como sugerido pela “*The Onlife Initiative*” na obra “*The Onlife Manifesto*”: explorando os inúmeros e crescentes bancos de dados existentes, que são armazenados, utilizados e retroalimentados com outras formas de máquinas, tais artefatos podem atuar de maneira autônoma para criar uma infinidade de espaços personalizados (THE ONLIFE INITIATIVE, 2015).

As aplicações, neste mesmo sentido, também podem ocorrer de forma autônoma e personalizada, sem que os usuários tenham conhecimento de sua utilização. Sobre isso, destaca Abby Ohlheise que, em maio de 2021, jovens usuárias do aplicativo “*Tik Tok*” relataram ter olhado para suas câmeras, durante o uso do *app*, e visto um rosto que não era o seu. Os “filtros de beleza”, por livre escolha dos usuários, são utilizados para modificar as feições faciais dos usuários *online* (lábios, maquiagem, formato do rosto, olhos, etc.); no entanto, não de forma impositiva, como relatado. Em que pese possa tratar-se de “*bug*” temporário, segundo Amy Niu, os efeitos psicológicos dele ainda poderiam ter um impacto na forma com que as pessoas veem elas mesmas (OHLHEISE, 2021).

Como visto, os acontecimentos *online*, i.e. no mundo digital, causam efeitos práticos no mundo *off-line*, o mundo físico e desconectado, cada vez mais dependente do uso e desenvolvimento das TICs. Mais do que isso, neste novo mundo *onlife*, os efeitos das novas tecnologias estão igualmente influenciando a forma com que é encarado o corpo e como é formada a identidade, eis que, segundo Floridi, estas “são as tecnologias mais poderosas do ‘eu’ [*self*] ao qual já fomos expostos” (FLORIDI, 2014, p. 59). Pierre Lévy, ao discorrer sobre a virtualização do corpo, atenta que se trata de uma nova

etapa no processo de autocriação humano, na qual o corpo se multiplica (LÉVY, 2011). Neste sentido, prossegue Lévy (2011, p. 33):

Correndo o risco de sermos redundantes, lembremos que essa virtualização é analisável essencialmente como mudança de identidade, passagem de uma solução particular a uma problemática geral ou transformação de uma atividade especial e circunscrita em funcionamento não localizado, dessincronizado e coletivizado. A virtualização do corpo não é portanto uma desencarnação, mas uma reinvenção, uma reencarnação, uma multiplicação, uma vetorização, uma heterogênese do humano.

Sobre os efeitos do digital sob o corpo humano, atenta Lévy (2011, p. 33) que “Criamos para nós mesmos organismos virtuais que enriquecem nosso universo sensível sem nos impor a dor”. A dor implicada pelos danos da restrição da liberdade física, com todas as suas sequelas, parece não se aplicar ao corpo virtual, o qual, segundo Ulrich Beck, além de estar sob constante vigilância, está sujeito a novos riscos invisíveis (BECK, 2018) que põem em xeque a sua liberdade digital. Dado ao seu caráter imaterial, essa liberdade morre sem que o corpo humano seja alvo de flagelamento, ameaçando, contudo, a privacidade, a liberdade e a autonomia humana (BECK, 2018).

No contexto, para “*The Onlife Initiative*”, exercer liberdade, igualdade e alteridade mostra-se uma questão problemática, considerando a existência de identidades e interações cada vez mais mediadas e calculadas, como é o caso da prática de “perfilamentos” (“*profiling*”), discriminação de preços e, inclusive, a publicidade direcionada (“*targeted advertising*”). Ademais, põe-se em foco a proteção de um atributo humano indispensável para autonomia do indivíduo: a sua atenção, que muitas vezes é encarada como um mero produto no mercado digital. No entanto, a atenção merece a devida proteção, bem como deve estar atrelada a direitos fundamentais como a privacidade e a integridade do corpo (THE ONLIFE INITIATIVE, 2015).

O corpo, como destacado por Stefano Rodotà (2008), encontra-se *fragmentado*: cada indivíduo pode fazer parte de milhares de bancos de dados, bem como, com a coleta e o tratamento dos dados pessoais, de forma cada vez mais massiva e intrusiva, faz-se viva a discussão acerca da “própria identidade da pessoa, que encontra-se fragmentada e localizada em diversos lugares, as vezes indeterminados, ou mesmo intangíveis” (RODOTÀ, 2008, p. 156). Neste sentido, alerta Rodotà (2008, p. 157) que:

A sociedade da vigilância não desaparece; ao contrário, aproveita as novas oportunidades para se fortalecer. Ao mesmo tempo, emerge, e consolida-se, a sociedade da classificação, na qual está ínsita a possibilidade de produção incessante de perfis individuais, familiares, de grupo. Desta forma, a pessoa, a cada momento, pode se tornar o usuário privilegiado de um serviço, o destinatário de uma participação política, o alvo de uma campanha publicitária, ou o excluído da possibilidade de aproveitar determinadas oportunidades sociais.

Como sugere Hildebrandt (2015b), tecnologias como os ambientes inteligentes (“*Smart Environments*”) já são realidade, estão presentes ao redor e, inclusive, até mesmo dentro de alguns indivíduos, coletando e armazenando dados pessoais e informações, valendo-se destas para antecipar suas decisões e comportamentos segundo as preferências e informações apuradas, bem como “são usados para prever, antecipar e, assim, gerenciar futuros estados de espírito, escolhas e decisões, por exemplo no caso de publicidade comportamental” (HILDEBRANDT, 2015b, p. 163 e 166)<sup>2</sup>. A publicidade comportamental online será alvo de análise no próximo tópico.

<sup>2</sup> Para Hildebrandt, a publicidade comportamental corresponde a uma prática da possível segunda dimensão do mundo *onlife*, sendo a primeira correspondente a gestão da reputação e auto publicação. Sobre a segunda dimensão, ainda elenca outros exemplos práticos, a saber: serviços baseados em localização, detecção de fraude, cálculos atuariais, assistência médica remota, neuromarketing ou perfis criminais (HILDEBRANDT, 2015b, p. 163 e 166).

## 2.2 A TÉCNICA DE ONLINE BEHAVIOURAL ADVERTISING (OBA): NOVOS DESAFIOS PARA A AUTONOMIA, PRIVACIDADE, CONSUMO E LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE HUMANA

Na nova ordem social da sociedade informacional, Bauman (2008) atenta à existência de uma armadilha para o indivíduo: fato de que os perfis de mídia social, histórico das atividades online, registros e cliques de navegação na internet, são monitorados constantemente por revelarem informações importantes dos indivíduos e que são transformadas em dados por empresas para serem utilizadas para promover o consumo de produtos e serviços. Como visto, na sociedade informacional, os dados pessoais são valiosos insumos para empresas de publicidade.

A sociedade informacional se caracteriza pelos encontros dos potenciais consumidores com os potenciais objetos de consumo que tendem a se tornar as principais unidades na rede peculiar de interações humanas conhecidas, de maneira abreviada, como “sociedade de consumidores” (BAUMAN, 2008, p. 19). A condição para que a sociedade de consumidores funcione de modo adequado está no volume de dados e informações pessoais que cada indivíduo deixa nas diferentes interações da vida *online* e, que podem ser transformados em poder para as empresas que se apropriam dos dados, para tornar a comunicação com os consumidores mais eficientes.

O método de personalização de publicidade – orientado por tecnologia e desenvolvido com algoritmos que coletam dados do comportamento online dos consumidores – utilizado na seleção de qual anúncio exibir é a definição para o acrônimo OBA (Publicidade Comportamental Online). Redes de empresas de publicidade que atendem outras empresas direcionam anúncios publicitários em milhares de sites a partir do rastreamento das

visitas de consumidores. Para as empresas anunciantes, a OBA é uma nova forma para alcançar com mais efetividade o público-alvo pela entrega *online* de anúncios dirigidos aos consumidores, ou seja, individualizados ao perfil comportamental *online* de cada consumidor. Prova é que “as receitas de publicidade online estão crescendo rapidamente e batendo recordes a cada ano. A indústria afirma que a OBA cria anúncios mais relevantes e eficientes e aumenta os efeitos dos anúncios” (BOERMAN; KRUIKEMEIER; ZUIDERVEEN BORGESIU, 2017, p. 363-364).

Portanto, a OBA é identificada como um direcionamento comportamental em que os anúncios são ajustados a partir do perfil online do consumidor. A OBA se caracteriza por: a) monitorar ou rastrear o comportamento online dos consumidores; b) usar os dados coletados para segmentar anúncios publicitários individualmente. O comportamento online do consumidor mapeado inclui desde dados de “navegação na Web, dados de consumo de mídia (vídeos assistidos), compras, históricos de pesquisa, dados de uso de aplicativos” até “respostas de cliques e conteúdos de comunicação” (exemplo: o que as pessoas escrevem nos e-mails, como pelo Gmail) ou postam em sites de redes sociais (Facebook, Instagram) (BOERMAN; KRUIKEMEIER; ZUIDERVEEN BORGESIU, 2017, p. 364).

Repisa-se: a publicidade direcionada objetiva essencialmente a personalização de ofertas e anúncios com base na informação e dados extraídos do perfil de determinado usuário, permitindo o direcionamento de produtos que sejam compatíveis ou previsivelmente desejáveis pelo usuário (RUARO; MACHADO, 2017). A publicidade direcionada, conforme preceitua Bruno Bioni (2020), pode ser subdividida em: a) contextual; b) segmentada, e; c) comportamental.

A publicidade contextual corresponde à um aspecto objetivo e está voltada ao ambiente (seja *online*, seja *off-line*) onde será propagado e ao objeto que está sendo anunciado. A publicidade segmentada diz respeito ao aspecto

subjetivo: o público alvo de determinado anúncio, de forma a segmentar a publicidade a um determinado tipo de consumidor (idosos, mulheres, crianças, etc.), por exemplo. A publicidade comportamental, por fim, é mais eficiente que as demais, justamente, por ampliar o nível de personalização dos direcionamentos. Neste sentido, “por meio de diversas ferramentas tecnológicas, dentre as quais se destacam os cookies, tornou-se possível rastrear a navegação do usuário e, por conseguinte, inferir seus interesses para correlacioná-los aos anúncios publicitários” (BIONI, 2020, p. 16).

Como exposto por Siegel, o segredo das análises preditivas é justamente a ação do indivíduo, que revelará seu comportamento e, também, seus possíveis próximos passos ou desejos (SIEGEL, 2017). Neste sentido, segundo disposto pelo “*Article 29 Working Party*” (29WP), em seu parecer sobre a manipulação do comportamento para fins publicitários, a publicidade comportamental online, ou “*online behavioural advertising*” (OBA), consiste justamente na observação do comportamento de determinados indivíduos durante o tempo, estudando as suas ações, sites em que tem acessado, suas pesquisas, interações e cliques, palavras-chave, dentre outros. Com esta coleta extensa, e por vezes integrada de dados, busca-se desenvolver um perfil específico para o indivíduo e direcionar anúncios baseados na informação comportamental apurada (UNIÃO EUROPEIA, 2010).

A publicidade direcionada comportamental é uma ferramenta de extrema rentabilidade para diversas empresas, no ramo da publicidade ou não (BIONI, 2020), sendo que o conhecimento sobre o consumidor, sob à ótica de Regina Linden Ruaro e Fernando Inglez de Souza Machado, justamente, permite o atendimento a especificações individuais, culminando em uma “customização do fornecimento de produtos e serviços, e, com o amparo pelos mecanismos automatizados de tratamento de dados, a consequente customização pode ser feita em larga escala” (RUARO; MACHADO, 2017).

Estar-se-á diante do que é nomeado “*economia de desmembramento do corpo eletrônico*”, que, conforme suscitado por Rodotà (2008), está fragmentado e acessível: uma porção de informações e dados pessoais é cambiada em troca de acesso gratuito a determinado serviço ou produto. Trata-se, pois, de uma dinâmica comercial denominada de “*zero-price advertisement business model*” onde, segundo Bioni, a contraprestação pelo acesso à determinado produto ou serviço não é essencialmente monetária, mas, sim, através da disponibilização dos dados pessoais do usuário, que possibilita a publicidade direcionada e, conseqüentemente, o lucro pelo bem de consumo ofertado. Em outras palavras o usuário/consumidor torna-se o próprio produto (BIONI, 2020).

No mundo *onlife*, as sociedades estão andando rumo à uma dependência das TICs para o bem-estar individual e coletivo, ambientes inteligentes fazem-se cada vez mais presentes e integrados, coletando e armazenando dados sobre os indivíduos, e, aliados a ferramentas como *Machine Learning*, a eficácia da publicidade comportamental online é otimizada, de forma a, com base na assimetria de informação, possibilitar novas formas de traçar estratégias de marketing direcionado, bem como “permitem e até encorajam os anunciantes a explorar as vulnerabilidades psicológicas dos consumidores, adaptando a publicidade às suas características e vulnerabilidades” (GALLI, 2021, p. 111). Neste sentido, a utilização de publicidade comportamental *online* pode implicar em uma vulneração do usuário em sua condição de consumidor de serviços e produtos *online*, considerando a exploração – e manipulação – de possíveis vulnerabilidades extraídas dos dados e informações coletadas pelas empresas.

Segundo Boerman, Kruijemeier e Zuiderveen Borgesius (2017), o OBA desdobra-se em cinco fases, quais sejam: a) coleta de dados sobre o comportamento das pessoas online (através de *cookies* ou outras formas de rastreamento); b) o armazenamento dos dados, vinculando-o a um identificador

único; c) a análise dos dados para que possa se extrair informações relevantes sobre os consumidores e usuários; d) o compartilhamento dos dados para empresas parceiras (distintas da que realizou a coleta), e, por fim; e) *targeting advertising*, realizando a entrega automatizada de anúncios e direcionamentos na web e na página do próprio consumidor usuário (GALLI, 2021). Como é perceptível, a coleta e tratamento de dados pessoais e informações sobre os hábitos e comportamento do usuário *online* é de grande relevância para a prática de OBA, atraindo, por essa razão, preocupações atreladas à proteção dos dados pessoais coletados e utilizados neste processo.

O perfilhamento *online* igualmente é uma ferramenta importante para a prática de OBA, pois torna possível para as empresas de publicidade classificar o consumidor com base em suas informações pessoais e no seu comportamento *online* e, assim, enviar anúncios publicitários direcionados e individualizados, o que possibilita uma maior chance de persuadi-lo. Entretanto, para o livre desenvolvimento da personalidade individual a OBA pode ser prejudicial, visto que ao basear-se nos rastros deixados nas interfaces *online*, a liberdade e o poder de determinar o fluxo de suas informações na sociedade é constantemente vigiado e monitorado para objetivos não muito claros e não autorizados, levantando preocupação acerca do grau de interferência destas práticas na formação do pensamento e personalidade dos indivíduos.

A Diretiva 2016/680 (UE) do Parlamento Europeu e do Conselho estabelece regras sobre a proteção das pessoas singulares relativas ao “tratamento de dados pessoais pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, detecção ou repressão de infrações penais ou execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e prevenção de ameaças à segurança pública”. Pelo artigo 1º, inciso I, letra “a”, os Estados-Membros devem assegurar “a proteção dos direitos e das liberdades fundamentais das

pessoas singulares e, em especial, o seu direito à proteção”. No artigo 3º, inciso II, conceituam “*definição de perfis*” como sendo

[...] qualquer forma de tratamento automatizado de dados pessoais que consista em utilizar esses dados pessoais para avaliar certos aspectos pessoais de uma pessoa singular, nomeadamente para analisar ou prever aspectos relacionados com o seu desempenho profissional, a sua situação econômica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocações (UNIÃO EUROPEIA, 2016a).

Este entendimento está alinhado ao preceituado no artigo 4º da *General Data Protection Regulation* (GDPR), no que toca ao processo de “*profiling*” (UNIÃO EUROPEIA, 2016b).

Além da coleta de dados atrelados às informações sobre o comportamento do usuário, é possível a identificação e tratamento de dados sobre às emoções de determinada pessoa ou grupo de pessoas que se encontra diante de determinada situação. Tome-se por exemplo a plataforma “*Affectiva Automotive AI*”, que pretende entender o que ocorre dentro de determinado automóvel através de seu sistema de *Deep Learning*, valendo-se do uso de câmeras para medir o estado da cabine do veículo e de seus ocupantes humanos, capturando, segundo a *Affectiva*, desde emoções complexas e estados cognitivos, como sonolência, raiva e distração, até a identificação de objetos, ocupação, atividade e, inclusive, a presença de cadeiras infantis. Além de controle da iluminação, aquecimento, cinto de segurança e *airbag*, por obviedade, a gestão personalizada da recomendação de conteúdo (*i.e.* direcionamento de produtos de vídeo, música e, especialmente, publicidade) está entre as comodidades ofertadas pela “*Affectiva Automotive AI*” (AFFECTIVA, 2021).

O rastreamento de emoções permite que desenvolvedores de produtos entendam que recursos provocam determinados tipos de emoções e envolvimento nos usuários – tornando os ambientes inteligentes experiências

cada vez mais interativas e adaptativas, podendo otimizar ainda mais a experiência de OBA. No entanto, como no caso da “*Afectiva Automotive AI*”, seguradoras podem se sentir atraídas a participar deste desmembramento do corpo eletrônico, “beliscando” porções de dados com o intuito de adequar a prestação de seus serviços de seguro, realizando análises de riscos complexas – ou personalizadas – e ofertando prêmios distintos para determinada pessoa (PURDY; ZEALLEY; MASELI, 2019). Segundo atenta Hildebrandt (2015a), o acesso a esse tipo de informação pode permitir uma influência direta na escolha de ação do indivíduo; no entanto, o real problema encontra-se no fato de que empresas são capazes de ter acesso a essas informações sem nossa consciência, de forma que não exista reciprocidade, sendo o indivíduo incapaz de entender como se dará essa extração de dados e como e para que fim será interpretada.

As preocupações sobre a coleta, armazenamento e tratamento de dados para o fim de realização de publicidade comportamental online, assim como técnicas de direcionamento diversas e filtragem de informação, põem em xeque o desenvolvimento de valores, o desdobramento de emoções, o processamento de experiências e preferências (HOFFMANN-RIEM, 2021). Zuboff (2020) critica este tipo de técnica, asseverando tratar-se de um novo poder “instrumentário” que opera sua vontade de forma onipresente para “manipular pistas subliminares, comunicações psicologicamente direcionadas, impor arquiteturas de escolha padrão, desencadear dinâmicas de comparação social e cobrar recompensas e punições”, todas essas ações têm o “objetivo de sintonizar, pastorear e modificar remotamente o comportamento humano na direção de resultados e sempre projetado para preservar a ignorância dos usuários”. Segundo Hoffmann-Riem (2021), na atualidade os indivíduos podem estar expostos a condições contratuais impositivas que acabam por ameaçar o livre desenvolvimento da personalidade, preocupação dividida por Stefano Rodotà (2008). A partir do exposto, pode-se dizer que, sem a condição humana de autonomia, ao invés de falar-se de livre desenvolvimento

da personalidade, estar-se-ia diante de um verdadeiro “desenvolvimento livre da personalidade”.

Poderia o desenvolvimento e uso de técnicas de *Targeted Advertising* e *Online Behavioural Advertising* significar uma ameaça a dignidade da pessoa humana? Este questionamento foi enfrentado por Zuboff, Frischmann e Floridi em maio de 2021. Para Zuboff, essa técnica faz parte do que denomina de “*surveillance advertising*” e compõe o “poder instrumentário”, que, por sua vez, produz efeitos nocivos à autonomia e, por decorrência, a dignidade da pessoa humana. Frischmann, por sua vez, entende que a prática de *Targeted Advertising* por si só não acarreta em danos à dignidade da pessoa humana, mas dependeria das condições e finalidades de seu uso. No entanto, assevera que a autonomia está intimamente conectada à noção de dignidade da pessoa humana – podendo *target ads* (out-put) colocar em risco a dignidade humana justamente por militar o exercício da autonomia humana (FLORIDI; FRISCHMANN; ZUBOFF, 2021).

Respondendo o questionamento supracitado, Floridi atenta, em primeiro lugar, que, ao contrário da composição química da água (H<sub>2</sub>O-H<sub>2</sub>O), não há uma fórmula concreta e robusta para definição do que é dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana, para o autor, está atrelada a ideia de “*human exceptionalism*” – que envolve o senso de autonomia, porém, não de forma exclusiva. Para Floridi, uma das condições que torna o ser humano especial é justamente a sua “maleabilidade” e, com ela, sua “fragilidade”, podendo ser profundamente afetado pelas novas tecnologias. Desta forma, se a noção de dignidade está atrelada com a maleabilidade e fragilidade humana, práticas mais intrusivas como *Targeted Advertising* podem representar uma forma de violência à dignidade da pessoa humana (FLORIDI; FRISCHMANN; ZUBOFF, 2021).

Desta maneira, considerando que, no fenômeno *onlife*, as novas tecnologias têm a capacidade de afetar radicalmente a concepção humana

da realidade, das interações sociais coletivas, bem como a concepção de seu “eu” (THE ONLIFE INITIATIVE, 2015), em breve síntese, tem-se que a técnica de *Online Behavioral Advertising* oferece novos desafios a sociedade e ao direito, destacado, neste trabalho, três frentes: a) o (des)cabimento da manipulação e direcionamento do usuário/consumidor; b) a proteção de dados pessoais dos usuários/consumidores, e, especialmente; c) a influência na autonomia e desenvolvimento da personalidade da pessoa humana por de trás da condição e usuário/consumidor. Os próximos tópicos abordaram estas preocupações do ponto de vista essencialmente jurídico.

### 3 PUBLICIDADE E MANIPULAÇÃO DO COMPORTAMENTO SOB À ÓTICA DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

De forma inicial nesta parte da análise, apresenta-se o caso hipotético exposto pelo jurista italiano Frederico Galli, que se debruçou sobre o debate das técnicas de *Online Behavioural Advertising* (OBA) como forma de manipulação injusta (*unfair manipulation*), observando as disposições da *General Data Protection Regulation* (GDPR) e *Unfair Commercial Practices* (UCPD). A narrativa hipotética é a seguinte:

Imaginemos o caso de Alice: ela é uma grande fã de viajar para o Extremo Oriente e se inscreveu em um curso de meditação online. Na semana passada, Alice comprou um novo travesseiro e colchão em um site de comércio eletrônico. Ela também visitou dois blogs sobre relaxamento das folhas de chá de ervas indianas. Alice geralmente fica acordada até tarde navegando online. Ela nunca fica offline antes das 3 da manhã de quinta-feira, às 4 da manhã, ela não consegue dormir e começa a jogar seu jogo online favorito. Cada vez que ela passa de nível, ela é alvo de um anúncio que oferece um desconto em uma marca específica de pílulas homeopáticas para dormir que podem reduzir a insônia em apenas 4 semanas. Ela está nervosa e cansada. Ela não está dormindo há muito tempo. Ela clica no anúncio e compra dois pacotes. Esta é uma estratégia de marketing engenhosa ou uma prática comercial agressiva? (GALLI, 2021, p. 123)

No caso hipotético suscitado pelo jurista italiano, além de problemática atrelada a uma prática comercial potencialmente agressiva – que será examinada adiante – faz-se possível verificar que o vetor que viabiliza tal prática: o acesso à informação privilegiada e dados pessoais dos usuários. Neste sentido, cabem, por oportuno, dois questionamentos, sendo o primeiro: A prática de publicidade comportamental online representa(ria) uma ameaça à privacidade?

Neste primeiro sentido, em consonância ao que foi exposto sobre a prática de *Online Behavioural Advertising*, destaca-se que “a publicidade comportamental online (OBA) fornece aos usuários da Internet benefícios potenciais (anúncios relevantes) e danos (violação de privacidade) por meio de táticas personalizadas de persuasão secreta” (HAM; NELSON, 2016, p. 689) e, segundo Boerman, Kruijemeier e Zuiderveen Borgesius (2017, p. 364), “essa encoberta [de táticas personalizadas de persuasão] pode ser prejudicial e antiética, pois os consumidores desconhecem os mecanismos de persuasão que envolvem o OBA”. Deste ponto de vista, segundo a WP29, a prática de OBA acaba por provocar preocupação no tocante à proteção de dados e à privacidade (UNIÃO EUROPEIA, 2010).

Segundo atenta Zuboff (2020), atualmente a noção de privacidade não é mais relacionada, de fato, ao privado (*privacy is not private*), visto que a dependência da eficácia de sistemas de controle e da vigilância, pública ou privada, depende essencialmente de “pedaços” de “eu” que é fornecido na vida *online*, ou que, segundo a autora, são secretamente subtraídos dos usuários. Zuboff (2020) oferece a noção de que privacidade é algo público (*privacy is public*) considerando que “é um bem coletivo que é lógica e moralmente inseparável dos valores da autonomia humana e da autodeterminação, dos quais depende a privacidade e sem os quais uma sociedade democrática é inimaginável”.

O direito à privacidade é um direito humano, entabulado no texto de diversos diplomas legais internacionais, como a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, e, na ordem jurídica brasileira, uma garantia constitucional disposta no rol de direitos fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Do ponto de vista normativo, não paira dúvida de que a técnica de publicidade comportamental *online* deve, de forma impositiva, respeitar e não ultrapassar os limites delineados pela garantia fundamental de privacidade; sendo que, violada, poderá o usuário exigir em juízo que sejam adotadas as providências necessárias para impedir ou cessar o ato que desrespeite a inviolabilidade da vida privada, nos termos do art. 21, do Código Civil de 2002. Acredita-se que os limites da exploração da vida privada – através de OBA – podem ser melhor delineados com uma análise sistemática da recente Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

Neste sentido, salta o segundo questionamento relativo ao caso hipotético de Alice, ilustrado por Galli (2021): a prática de publicidade comportamental online deve ser balizada pela LGPD?

Cumpra esclarecer que, em primeiro lugar, o direito à proteção de dados pessoais, no Brasil, foi recentemente reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento conjunto das ADI's nº. 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393 contra a MP nº. 954/2020, como um direito fundamental autônomo e imprescindível para a proteção da autodeterminação informativa do indivíduo e, igualmente, a proteção da dignidade da pessoa humana (MENDES; RODRIGUES JÚNIOR; FONSECA, 2021). Para Ingo Wolfgang Sarlet (2021), a proteção de dados pessoais, além de tratar-se de um direito humano, é um direito fundamental em sentido a) material, visto que promove a proteção de princípios e direitos constitucionais como a privacidade, livre desenvolvimento da personalidade e dignidade da pessoa humana; b) formal, considerando que implica em um “parâmetro para o controle de legitimidade

constitucional dos atos normativos infraconstitucionais e de atos (e omissões) do Poder Público em geral, ademais de sua projeção na esfera das relações privadas” (SARLET, 2021, p. 21-59). Ainda assim, pode-se ressaltar que está em tramitação a PEC nº. 17/2019, que pretende alterar a Constituição Federal de 1988 para incluir em seu art. 5º, inc. XII, a garantia de proteção de dados pessoais nos meios digitais (BRASIL, 2019).

A LGPD, por seu turno, pretende, conforme o seu art. 2º, a proteção de uma série de direitos e garantias fundamentais, tais como as elencadas nos art. 3º, I e II; art. 4º, II; art. 5º, X e XII; art. 7º, XXVII; e art. 219 da Constituição Federal de 1988 (PINHEIRO, 2021). Destaca-se, entre os fundamentos constantes no art. 2º da LGPD, a proteção à liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa, e; o livre desenvolvimento da personalidade e dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2018).

Cabe destacar, *a priori*, que como visto anteriormente, segundo Boerman, Kruijkemeier e Zuiderveen Borgesius (2017), a técnica de OBA pode ocorrer em cinco fases que demandam o manejo de dados: a) coleta de dados; b) o armazenamento e vinculação dos dados; c) a análise dos dados coletados e agrupados; d) o compartilhamento dos dados, e; e) targeting advertising, em que ocorre a entrega *automatizada* de anúncios e direcionamentos para o usuário/consumidor (GALLI, 2021). No caso hipotético relatado anteriormente de Alice, para o fim de publicidade comportamental, tem-se a coleta de várias informações relacionadas à sua pessoa e preferências tais como o fato da usuária ser fã de viajar para Extremo Oriente, ter se inscrito em um curso de meditação online e comprado um colchão em um *e-commerce*, visitado blogs sobre relaxamento de folhas de chá de ervas indiana. No caso, também ocorre a coleta de informações que demonstram o comportamento da mesma *online*, inclusive seu hábito de jogar seu jogo favorito, bem como dados que revelam que a usuária sofre de problemas de insônia. No entanto,

a coleta destas informações é capaz de atrair a incidência da LGPD e outras normativas sobre proteção de dados pessoais?

Legislações infraconstitucionais sobre proteção de dados pessoais de diversos países, alinham seu entendimento acerca do conceito de dados pessoais para o escopo de aplicação das leis. Veja-se, por exemplo, para a *Ley n.º 25.326/2000*, da Argentina, consideram-se dados pessoais “*información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables*” (ARGENTINA, 2000); para a *Ley n.º 18.331/2008*, da República Oriental do Uruguai, dados pessoais correspondem a “*información de cualquier tipo referida a personas físicas o jurídicas determinadas o determinables*” (REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY, 2004); para a *Ley n.º 29.733/2011*, do Peru, consideram-se dados pessoais “*toda información sobre una persona natural que la identifica o la hace identificable a través de medios que pueden ser razonablemente utilizados*” (PERU, 2011); No México, a *Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados* define dados pessoais como “*Cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable*” (MÉXICO, 2017). No caso do Brasil, segundo o art. 5º, da LGPD, dados pessoais, para a aplicação da lei, tratam-se de toda “*informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável*” (BRASIL, 2018).

No cenário europeu, a WP29, em observância à definição de dados pessoais fornecida pela Diretiva 95/46/EC, elaborou parecer determinando que os métodos de publicidade comportamental online implicam em um processamento de dados pessoais pelas seguintes razões: a) técnicas de OBA geralmente realizam a coleta de endereços de IP e de identificadores únicos através de *cookies* (com seus números de série), de forma a permitir o rastreamento de um usuário de determinado dispositivo e identificá-lo sem ainda que seu nome real seja desconhecido; b) as informações coletadas, no contexto de OBA, são relacionadas a características, hábitos

e o comportamento do usuário/consumidor, sendo tais dados utilizados para influenciar as decisões do indivíduo. Há de se considerar, neste último ponto, que existe a possibilidade de perfis serem vinculados a qualquer momento com informações diretamente identificáveis fornecidas pelo próprio usuário, sendo possível identificar determinada pessoa através de “fusões” de bancos de dados, perdas e vazamento de dados e, inclusive com a cada vez maior disponibilidade de dados pessoais em rede combinados com endereços de IP (UNIÃO EUROPEIA, 2010).

Ainda que singularmente o número de série de determinado *cookie* não permita a identificação de determinado usuário, ele pode ser associado à uma ampla gama de informações, tais como: o endereço de IP do usuário; tipos de navegador; *strings* de identificação; nome de usuário/ID em serviços da web, como redes sociais; formulários *online* preenchidos e termos de pesquisa utilizados, dentre outros. Tal é a posição do *Office of the Privacy Commissioner of Canada*, estabelecendo que as informações coletadas em processos de OBA enquadram-se no conceito de dados pessoais fornecidos pelo artigo 2 da *Personal Information Protection and Electronic Documents Act's* (PIPEDA), qual seja: informação relacionada a um indivíduo identificável (*information about an identifiable individual*) (CANADA, 2015). Neste sentido, prossegue:

Muitas das informações em questão no OBA – cookies de rastreamento de terceiros, endereços IP, configurações do navegador – podem não ser informações pessoais por si mesmas, pois, por si só, podem não dizer nada sobre um indivíduo identificável. No entanto, quando combinadas e usadas com a finalidade de traçar o perfil de um usuário para direcionar anúncios a ele com base em interesses deduzidos, as informações podem se tornar informações sobre um indivíduo identificável. Um exame mais detalhado dos processos envolvidos na OBA pode ser útil para ilustrar este ponto (CANADA, 2015, tradução nossa).

Sob à ótica de Gali, a análise da técnica de OBA é relevante para a GDPR por duas razões principais: a) a prática de publicidade comportamental

envolve um complexo processamento de dados pessoais que é utilizado por múltiplas entidades comerciais, razão pela qual cada operação de processamento de dados deve estar em harmonia os princípios e previsões da legislação sobre proteção de dados pessoais; b) a prática de OBA representa o exemplo mais ubíquo de tomada de decisão automatizada, incluindo os processos de *profiling* (GALLI, 2021).

Importante consignar que, sob o texto da LGPD, o § 2º, do art. 12, estabelece que “poderão ser igualmente considerados como dados pessoais, para os fins desta Lei, aqueles utilizados para formação do perfil comportamental de determinada pessoa natural, se identificada” (BRASIL, 2018). Neste sentido, autores como Lima destacam que, não sendo efetivo o processo de anonimização, referido no *caput* do referido instrumento, a formação de perfil comportamental enquadrar-se-á como tratamento de dado pessoal (LIMA, 2021). No entanto, interessa destacar que, como visto, a identificação do usuário pode se dar de diversas formas na realização de OBA, sendo inclusive possível identificar determinado usuário com base em seu histórico e hábitos de compras *online* (PINHEIRO, 2021).

Considerando a existência de tratamento de dados para a realização da prática de OBA, aplicar-se-á o disposto na LGPD, assim como no caso da GDPR. Neste sentido, a adequação com a LGPD demanda a observância de seus princípios e bases legais para o tratamento dos dados pessoais, conforme o rol de princípios disposto no art. 6º e, igualmente, as bases legais previstas no art. 7º da LGPD, que legitimam o tratamento de dados (LIMA, 2021).

Para determinar a base legal para o tratamento de dados pessoais, no caso de OBA, a WP29 determina, em consonância com a Diretiva 95/46/EC, a utilização do consentimento como base legal (*prior informed consent*) (UNIÃO EUROPEIA, 2010), posição igualmente adotada, por exemplo, pelo *Office of the Privacy Commissioner of Canada*, em relação a PIPEDA

(*Meaningful consent*). No entanto, no contexto europeu, a GDPR, em seu *Recital 47*, determina que o processamento de dados pessoais para fins de marketing pode ser considerado como realizado para um legítimo interesse. Neste sentido, Galli (2021) adverte que o debate sobre qual base de tratamento deve prevalecer, no caso de OBA, visto que, no contexto da GDPR, “consentimento depende de um esquema de *opt-in*, enquanto o interesse legítimo reserva ao titular dos dados o direito de contestar quando o processamento é baseado em fins de marketing direto” (GALLI, 2021, p. 113).

Ainda assim, o jurista italiano Galli (2021) destaca que a base legal do consentimento é emblemática por três razões, em síntese expostas: a) para a coleta de informação através de *cookies*, plataformas de anúncio devem noticiar o uso das ferramentas de rastreamento e buscar o consentimento do usuário; b) o consentimento explícito fundamenta a isenção de proibição prevista para revisão de decisões automatizadas, segundo o art. 22 da GDPR; c) consentimento explícito é significativo para a coleta e processamento de categorias de dados especiais previstas no art. 9 da GDPR (GALLI, 2021) – equivalentes aos dados sensíveis, dispostos no art. 5º, inc. II, da LGPD (BRASIL, 2018)<sup>3</sup>.

O consentimento e o legítimo interesse fazem parte da composição do rol taxativo de bases legais, para o tratamento de dados pessoais, fornecido pelo art. 7º da LGPD, situados, respectivamente, no inc. I e IX. Conceitualmente, o art. 5º, inc. XII, define o consentimento como “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”; o legítimo interesse, por sua vez, somente poderá fundamentar tratamento de dados pessoais para finalidades

<sup>3</sup> Dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural (BRASIL, 2018).

legítimas, ponderadas em casos concretos, nos termos do art. 10 da LGPD (BRASIL, 2018).

Considerando os riscos na sua utilização, a WP29 repisa, na oportunidade de redação da “*Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*”, a aplicabilidade, nestes casos, do consentimento como base de dados adequada para o tratamento dos dados pessoais. Sobre a técnica de OBA como forma de decisão automatizada, esclarece a WP29: “isso nos leva também à questão da publicidade online, que cada vez mais depende de ferramentas automatizadas e envolve exclusivamente a tomada de decisão individual automatizada” (UNIÃO EUROPEIA, 2016b).

Sob a ótica de Galli (2021), ao examinar a técnica de OBA como decisão automatizada, é possível realizar a distinção entre OBA fraca (*Soft OBA*) e OBA forte (*Strong OBA*). No primeiro caso, a *Soft OBA* não seria capaz de ter efeitos significativos sobre o titular de dados, sendo equivalente ao processo de *profiling* e, por decorrência, o conjunto de informações coletadas deve ser estar sob a ciência e consentimento do titular de dados. A *Strong OBA*, por outro lado, poderia qualificar-se como uma

[...] tomada de decisão automatizada que tem um efeito significativo semelhante sobre os titulares dos dados, dependendo de: a intrusão das técnicas de coleta de dados; as peculiaridades do contexto do consumidor; a prática publicitária e a exploração das vulnerabilidades pessoais do titular dos dados (GALLI, 2021, p. 119).

Neste último caso, restaria atraída as disposições do art. 22 da GDPR e, no cenário brasileiro, o disposto no artigo 20 e 21 da LGPD. Veja-se o disposto na LGPD:

Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses,

incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade.

§ 1º O controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial.

§ 2º Em caso de não oferecimento de informações de que trata o § 1º deste artigo baseado na observância de segredo comercial e industrial, a autoridade nacional poderá realizar auditoria para verificação de aspectos discriminatórios em tratamento automatizado de dados pessoais.

[...]

Art. 21. Os dados pessoais referentes ao exercício regular de direitos pelo titular não podem ser utilizados em seu prejuízo (BRASIL, 2018).

De forma geral, a prática de OBA é alvo de preocupação por diversos países do globo, como, por exemplo, em Hong Kong, China, que em abril de 2014, o “*Office of the Privacy Commissioner for Personal Data*” elaborou um documento com informações que as empresas que abrigam sites devem considerar antes da implantação de ferramentas de rastreamento comportamental online para proteger os dados pessoais dos usuários. Como práticas de transparência, recomendam que os usuários devem ser informados sobre os tipos de informações coletadas ou rastreadas pela empresa, o objetivo da coleta das informações e como essas informações serão coletadas, bem como as ferramentas de coletas e se as informações coletadas serão combinadas com outras informações para rastrear usuários e por quanto tempo mantidas na empresa. De igual forma, os usuários devem ser informados se um terceiro está coletando ou rastreando as informações comportamentais, qual a finalidade da coleta, que meios o terceiro está usando para coletar os dados e o período de retenção destes dados e se o terceiro posteriormente irá transferir as informações coletadas para outras empresas. No documento, está claro que a responsabilidade em permitir que terceiros colem ou rastreiem os dados dos usuários é da empresa que deu acesso aos dados. O desejo do usuário de não ser rastreado deve ser respeitado e o usuário também deve ser informado sobre o que acontecerá

se optar por não ter seus dados rastreados enquanto utilizar o site. Essa diretriz está embasada na liberdade do usuário poder decidir se quer ou não continuar a usar o site (HONG KONG, 2014).

Em Portugal, o ICAP (Instituto Civil da Autodisciplina da Comunicação Comercial) disponibilizou um “Guia de Boas Práticas de Comunicações de Marketing Digital e Publicidade Comportamental Online no Âmbito da Auto-Regulação” que tem como referência o DMC – Digital Marketing Communications e o OBA – Online Behavioural Advertising – elaborados pela EASA (*European Advertising Standards Alliance*) (PORTUGAL, 2014)<sup>4</sup>. O referido instrumento estabelece uma série de princípios e recomendações acerca do uso de técnicas intrusivas de publicidade comportamental online, evidenciando a urgência do debate (PORTUGAL, 2014).

Sendo uma organização sem fins lucrativos, com sede em Bruxelas, a EASA reúne 34 (dos quais 26 na Europa) organismos nacionais de auto-regulação publicitária e 16 organizações que representam a Indústria Publicitária (anunciantes, agências e meios de comunicação social, quer os tradicionais quer os Interactivos e Digitais como é o caso do IAB Europa entre outros). O ICAP é membro da EASA desde 1992, ano da sua fundação.

A prática de OBA revela sérias preocupações no que toca ao direito do consumidor, sendo pertinente a análise se este tipo de prática comercial não configuraria como abusiva, à luz dos ditames do Código de Defesa do Consumidor, apoiados na LGPD (BIONI, 2021). A análise de Galli, alinhada a UCPD, revela, por seu turno, que a OBA não será considerada como prática abusiva e injusta quando não realizada por meio de assédio (bombardeio de anúncios a qualquer momento, inclusive durante o período da noite/madrugada), coerção (psicológica, por meio da exploração de emoções ou vulnerabilidade do consumidor) ou influência indevida (exploração da

<sup>4</sup> A EASA reúne 34 (dos quais 26 na Europa) organismos nacionais de auto-regulação publicitária e 16 organizações que representam a Indústria Publicitária (anunciantes, agências e meios de comunicação social). O ICAP é membro da EASA desde 1992 (PORTUGAL, 2014).

assimetria de poder informacional), prejudicando o consumidor médio em sua liberdade de escolha e conduta (GALLI, 2021).

No entanto, a preocupação relacionada ao OBA não se limita ao campo do direito do consumidor ou da proteção de dados, mas, devido ao seu potencial ofensivo à autonomia, põe em xeque o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e, com isso, oferece uma nova forma de vulneração da dignidade da pessoa humana nesse contexto de mundo *onlife*. Reforça-se que a observância da garantia de proteção de dados pessoais, bem como dos princípios, direitos e obrigações da LGPD, fornece guarida à autodeterminação informativa e, com isso, o controle do titular de dados.

## 4 CONCLUSÃO

As novas tecnologias, frutos da técnica humana, estão por toda parte, atuando nos mais diversos processos e campos da sociedade moderna, abarcando tanto novas oportunidades quanto novos riscos à sociedade informacional. Do processo de digitalização das coisas, o produto de dados pessoais digitais se destaca, sendo comparado comumente ao novo petróleo da modernidade, considerando a elevada gama de possibilidades de mercado, uma vez que é multilateral e capaz de relacionar-se com áreas distintas. Entretanto é preciso observar que a quantidade de produtos e atuações comerciais e políticas derivadas de dados pessoais, assim como a alta rentabilidade e vantagens de controle e poder que ficam nas mãos dos detentores da informação trazem riscos à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade.

Na sociedade informacional e hiperconectada, empresas utilizam o perfilhamento online para classificar o usuário/consumidor, a partir do rastreamento contínuo dos dados pessoais, dos movimentos no mundo *online* e das informações deixadas nas redes sociais e no ciberespaço nas diferentes

interações virtuais. Com técnicas cada vez mais intrusivas, no contexto *onlife*, a sociedade e o indivíduo criam uma dependência do uso e desenvolvimento das TICs, de forma que todo o movimento (tanto *online* quanto *off-line*) é captado, emoções e falas são decodificadas e o corpo humano (digital) é classificado por algoritmos de Inteligência Artificial para direcionar anúncios, produtos, pessoas, candidatos, informações e induzir o comportamento do indivíduo. Neste novo contexto que se apresenta, o desmembramento do corpo eletrônico é o objetivo que viabiliza um controle guiado ao indivíduo.

Assim, o ser humano hiperconectado do Século XXI é transformado em marionete que se sujeita e se subordina a biopolítica da sociedade de controle e de consumo. Essa prática passa a exigir dos controladores dos dados do mundo *online* obrigações de transparência, equidade e responsabilidade sobre o uso dos dados pessoais e sua utilização comercial pelo mercado. Para além da legislação de proteção de dados pessoais já em vigor em inúmeros países, entende-se que devem ser elaboradas novas diretivas para responsabilizar as redes de publicidade comportamental em relação à publicidade e mensagens direcionadas no mundo *online* e que possam trazer consequências ao livre desenvolvimento da personalidade, à liberdade, à autonomia e aos demais danos ao ser humano.

O estudo demonstra que a prática da Publicidade Comportamental Online abusiva (*Strong OBA*) pode descambar em violações a garantias constitucionais, como a privacidade e a proteção de dados pessoais – visto que o processo pelo qual se dá essa forma de publicidade envolve a coleta e tratamento de dados pessoais. Por essa razão, reforça-se a tutela e aplicação do direito à autodeterminação informativa, devolvendo ao indivíduo o controle sobre seus dados e informações comportamentais. Além do mais, considerando a exploração das vulnerabilidades do usuário por meio da coleta de dados comportamentais, pode-se ainda discutir se tal prática não seria considerada abusiva sob à ótica do Código de Defesa do Consumidor.

A prática de direcionamentos comportamentais é alvo de preocupação em diversos países, sendo que alguns já contam com normativas, guias de boas práticas, auto-regulações e escritórios voltados para disciplinar a prática da Publicidade Comportamental Online. Um exemplo é o “Guia de Boas Práticas de Comunicações de Marketing Digital e Publicidade Comportamental Online no Âmbito da Auto-Regulação” do ICAP (Instituto Civil da Autodisciplina da Comunicação Comercial) de Portugal que tem como referência o DMC – *Digital Marketing Communications* e o OBA – *Online Behavioural Advertising* – elaborados pela EASA (*European Advertising Standards Alliance*). O Guia apresenta as principais linhas de atuação no âmbito da auto-regulação no espaço digital, com o objetivo de salvaguardar nas comunicações e publicidades digitais e online o respeito pelo usuário/consumidor, a transparência nas ações, a responsabilidade alicerçada em padrões éticos globais.

Considerando o profundo impacto das novas tecnologias na vida humana, na forma com que pensamos, decidimos, agimos e enxergamos a nós mesmos e a realidade, autores advertem que o uso indiscriminado e altamente intrusivo da técnica de *Online Behavioural Advertising* (OBA) pode acarretar em ato de violência à dignidade da pessoa humana, na medida em que é capaz de pôr em xeque a sua autonomia. Sem o exercício de garantias constitucionais como autonomia, privacidade, igualdade e autodeterminação informativa, não haverá espaço para o livre desenvolvimento da personalidade; mas, ao contrário, se propiciará um ambiente inteligente propício para um desenvolvimento livre da personalidade.

## REFERÊNCIAS

AFFECTIVA. **Affectiva automotive AI**. Disponível em: <https://www.affectiva.com/product/affectiva-automotive-ai-for-occupant-monitoring/>. Acesso em: 22 jul. 2021.

ARGENTINA. **Ley nº 25.326, promulgada parcialmente el octubre 30 de 2000.** Ley de protección de los datos personales. 2020. Disponível em: [https://www.oas.org/juridico/PDFs/arg\\_ley25326.pdf](https://www.oas.org/juridico/PDFs/arg_ley25326.pdf). Acesso em: 20 jun. 2021.

BAUMAN, Zygmunt. **44 cartas do mundo líquido moderno.** Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. **Metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade.** Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

BIONI, Bruno Ricardo. Legítimo interesse: aspectos gerais a partir de uma visão obrigacional. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz (coords.). **Tratado de proteção de dados pessoais.** Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BOERMAN, Sophie C.; KRUIKEMEIER, Sanne; ZUIDERVEEN BORGESIJUS, Frederik. Online behavioral advertising: a literature review and research agenda. **Journal of advertising**, v. 46, n. 3, p. 363-376, July 2017. DOI: 10.1080/00913367.2017.1339368. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/00913367.2017.1339368?needAccess=true>. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei geral de proteção de dados. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm). Acesso em: 22 jul. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de emenda à Constituição nº 17/2019.** 2019. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=14B903F9ADB73123B5E5E441CA4CEBA0.proposicoesWebExterno2?codteor=1773684&filename=PEC+17/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=14B903F9ADB73123B5E5E441CA4CEBA0.proposicoesWebExterno2?codteor=1773684&filename=PEC+17/2019). Acesso em: 20 abr. 2021.

CANADA. Office of the privacy commissioner of Canada. **Policy position on online behavioural advertising**. Dec. 2015. Disponível em: [https://www.priv.gc.ca/en/privacy-topics/technology/online-privacy-tracking-cookies/tracking-and-ads/bg\\_ba\\_1206/](https://www.priv.gc.ca/en/privacy-topics/technology/online-privacy-tracking-cookies/tracking-and-ads/bg_ba_1206/). Acesso em: 23 jul. 2021.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 20. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2019.

FLORIDI, Luciano. Introduction. In: FLORIDI, Luciano (ed.). **The onlife manifesto**. Springer international publishing, 2015. *E-book*.

FLORIDI, Luciano. **The fourth revolution**: how the infosphere is reshaping human reality. Londres: Oxford University Press, 2014.

FLORIDI, Luciano; FRISCHMANN, Brett; ZUBOFF, Shoshana. Panel discussion “online targeted advertising and human dignity”. Organized Leiden University. **Youtube** (60min.). 29 Apr. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Vk9lfveiLeU&t=5123s>. Acesso em: 22 jul. 2021.

GALLI, Frederico. Online behavioural advertising and unfair manipulation between the GDPR and the UCPD. In: EBERS, Martin; GAMITO, Marta Cantero (orgs.). **Algorithmic governance and governance of algorithms**: legal and ethical challenges. Switzerland: Springer, 2021.

HAM, Chang-Dae; NELSON, Michelle R. The role of persuasion knowledge, assessment of benefit and harm, and third-person perception in coping with online behavioral advertising. **Computers in human behavior**, v. 62, p. 689-702, Sept. 2016. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0747563216302485?via%3Dihub>. Acesso em: 14 jul. 2021.

HILDEBRANDT, Mireille. **Smart technologies and the end(s) of law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2015a.

HILDEBRANDT, Mireille. The public(s) onlife a call for legal protection by design. In: FLORIDI, Luciano (ed.). **The onlife manifesto**. Springer International Publishing, 2015b. *E-book*.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria geral do direito digital: transformação digital: desafios para o Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

HONG KONG. Hong Kong office of the privacy commissioner for personal data. **Online Behavioural Tracking**, Apr. 2014. Disponível em: [https://www.pcpd.org.hk/english/resources\\_centre/publications/files/online\\_tracking\\_e.pdf](https://www.pcpd.org.hk/english/resources_centre/publications/files/online_tracking_e.pdf). Acesso em: 14 jul. 2021.

LÉVY, Pierre. **O que é virtual?** 2. ed. Tradução Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 2011.

LIMA, Caio César Carvalho. Capítulo II: do tratamento de dados pessoais. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (coords.) **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais comentada**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MENDES, Laura Schertel; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FONSECA, Gabriel Campo Soares da. O Supremo Tribunal Federal e a proteção constitucional dos dados pessoais: rumo a um direito fundamental autônomo. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Inlgo Wolfgang; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz (coords.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MÉXICO. **Ley general de protección de datos personales en posesión de sujetos obligados**. Publicada en 26 de enero de 2017. Disponível em: [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5469949&fecha=26/01/2017](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5469949&fecha=26/01/2017). Acesso em: 20 jul. 2021.

OHLHEISE, Abby. TikTok changed the shape of some people's faces without asking. **MIT Technology Review**, 10 June 2021. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/2021/06/10/1026074/tiktok-mandatory-beauty-filter-bug/>. Acesso: 20 jul. 2021.

PERU. **Ley nº 2973, de 03 de julio de 2011**. Ley de protección de datos personales. Disponível em: <https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29733.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Proteção de dados pessoais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

PORTUGAL. ICAP. **Guia de boas práticas de comunicações de marketing digital e publicidade comportamental online no âmbito da auto-regulação**. 2014. Disponível em: [https://auto-regulacaopublicitaria.pt/wp-content/uploads/2017/07/GUIA\\_VERSAO\\_FINAL.pdf](https://auto-regulacaopublicitaria.pt/wp-content/uploads/2017/07/GUIA_VERSAO_FINAL.pdf). Acesso em: 25 jul. 2021.

PURDY, Mark; ZEALLEY, John; MASELI, Omaro. The risks of using ai to interpret human emotions. **Harvard Business Review**, 18 Nov. 2019. Disponível em: <https://hbr.org/2019/11/the-risks-of-using-ai-to-interpret-human-emotions>. Acesso em: 22 jul. 2021.

REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY. **Ley nº 17.838, publicada el 1º el octubre 2004**. Ley de Protección de datos personales para ser utilizados en informes comerciales y acción de Habeas Data. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/U4%20Ley%2018.331%20de%20Protecci%C3%B3n%20de%20Datos%20Personales%20y%20Acci%C3%B3n%20de%20Habeas%20Data.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUARO, Regina Linden; MACHADO, Fernando Inglês de Souza. Publicidade comportamental, proteção de dados pessoais e o direito do consumidor. **Conpedi Law Review**, Braga, Portugal, v. 3, n. 2, jul./dez. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados. *In*: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz (coords.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SIEGEL, Eric. **Análise preditiva: o poder de prever quem vai clicar, comprar, mentir ou morrer**. Tradução Wendy Campus. Rio de Janeiro: Alta Books, 2017.

THE ONLIFE INITIATIVE. The onlife manifesto. *In*: FLORIDI, Luciano (ed.). **The onlife manifesto**. Springer International Publishing, 2015. *E-book*.

UNIÃO EUROPEIA. Article 29 Working Party. **Opinion 2/2010 on online behavioural advertising (WP 171)**, 22 June 2010. Disponível em: [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/index_en.htm). Acesso em: 20 jul. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. **Parlamento Europeu e do conselho**. Diretiva 2016/680 de 27 de abril de 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680&from=PT>. Acesso em: 22 jul. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Article 29 data protection working party. **Guidelines on automated individual decision-making and profiling for the purposes of regulation 2016/679**. Disponível em: [https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item\\_id=612053](https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=612053). Acesso em: 23 jul. 2021.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O direito à privacidade na sociedade da informação**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.

ZUBOFF, Shoshana. Opinion. You are now remotely controlled: surveillance capitalists control the science and the scientists, the secrets and the truth. **The New York Times**, 24 Jan. 2020. Disponível em: <https://nyti.ms/2NVh1eH>. Acesso em: 22 jul. 2021.



# NEGÓCIOS JURÍDICOS E SUA RESSIGNIFICAÇÃO FRENTE À NEGOCIALIZAÇÃO DA VIDA PELA INSUFICIÊNCIA DO DIREITO

Paulo Junior Trindade dos Santos  
Daniela Lavina Carniato

## RESUMO

Este ensaio trata da ressignificação dos negócios jurídicos perante o direito brasileiro no contexto da “negocialização” da vida. Enfrenta o problema da incapacidade do direito estatal em regulamentar de forma específica as relações interpessoais, cada vez mais heterogêneas e potencialmente constituidoras de negócios jurídicos atípicos. Seu objetivo geral é apresentar os novos significados que os negócios jurídicos genericamente considerados estão adquirindo no direito brasileiro contemporâneo. Seus objetivos específicos são: analisar a autorregulação de interesses, contrastando-a com a regulamentação estatal, no cenário da pós-modernidade; esclarecer a erosão da dicotomia entre direito público e direito privado; e examinar o fenômeno da constitucionalização do processo e do direito civil. A construção argumentativa é feita com o uso das técnicas bibliográfica e documental, seguindo a abordagem qualitativa. A conclusão demonstra, em síntese, que os negócios jurídicos adquiriram o caráter de complexidade próprio do direito pós-moderno, dada a pluralidade de tipos e a interconectividade entre os âmbitos público e privado.

**Palavras-chave:** Autonomia. Autorregulação. Constitucionalização. Negócios jurídicos. Pós-modernidade.

## RESUMEN

*Este ensayo trata de la redefinición de los negocios jurídicos ante el derecho brasileño en el contexto de la “negocialización” de la vida. Discute el*

*problema de la incapacidad del derecho estatal para regular específicamente las relaciones interpersonales, que son cada vez más heterogéneas y pueden configurar negocios jurídicos atípicos. Su objetivo general es presentar los nuevos significados que los negocios jurídicos considerados genéricamente están adquiriendo en el derecho brasileño contemporáneo. Sus objetivos específicos son: analizar la autorregulación de intereses, contrastándola con la reglamentación estatal, en el escenario posmoderno; aclarar la erosión de la dicotomía entre derecho público y derecho privado; y examinar el fenómeno de la constitucionalización del proceso y del derecho civil. La construcción argumentativa se realiza mediante las técnicas bibliográfica y documental, siguiendo un enfoque cualitativo. La conclusión demuestra, en resumen, que los negocios jurídicos adquirieron el carácter de complejidad propio del derecho posmoderno, dada la pluralidad de tipos y la interconexión entre lo público y lo privado.*

**Palabras clave:** *Autonomía. Autorregulación. Constitucionalización. Negocios jurídicos. Posmodernidad.*

## 1 INTRODUÇÃO

O estudo tem como tema os negócios jurídicos vistos pela perspectiva da negocionalização da vida no direito pós-moderno brasileiro, com destaque para os novos significados por eles adquiridos considerando a crise da separação rígida entre direito público e direito privado, bem como a constitucionalização do processo e do direito civil. Embora as expressões “contratualização do direito” e “contratualização da vida” estejam mais difundidas nos estudos jurídicos, optou-se por empregar o termo (também) neologístico “negocialização”, em virtude da distinção já bem consolidada entre negócios jurídicos e contratos, na qual aqueles são vistos como gênero do qual estes são apenas uma das espécies<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> O ponto será aprofundado na próxima seção.

Enfrenta o problema da insuficiência do direito positivado e, mais especificamente, da regulamentação estatal típica no âmbito do direito civil, diante das rápidas transformações que caracterizam a sociedade contemporânea e da heterogeneidade de relações interpessoais, que podem configurar um sem-número de negócios jurídicos atípicos. É justamente em razão de tal dinâmica sociojurídica – com raízes sociais, e efeitos jurídicos – que se extrai a justificativa deste estudo, o qual, apresentando noções introdutórias a respeito, tem a pretensão de servir de base para temáticas mais direcionadas, como os pactos existenciais no direito de família.

Seu objetivo geral é apresentar os novos significados que os negócios jurídicos genericamente considerados estão adquirindo no direito brasileiro contemporâneo. Seus objetivos específicos são: analisar a autorregulação de interesses, contrastando-a com a regulamentação estatal, no cenário da pós-modernidade; esclarecer a erosão da dicotomia entre direito público e direito privado; e examinar o fenômeno da constitucionalização do processo e do direito civil.

Trata-se de uma análise documental e bibliográfica, cujas fontes principais são a Constituição Federal de 1998, o Código Civil de 2002 e o Código de Processo Civil de 2015, além de artigos científicos e livros da literatura especializada nacional e estrangeira. Ademais, colaciona-se casos judiciais – o julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277-DF e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132-RJ pelo Supremo Tribunal Federal, e alguns julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina<sup>2</sup> – para exemplificar o entendimento jurisdicional a respeito da constitucionalização. A abordagem adotada é de cunho qualitativo, por não realizar medições de qualquer natureza.

<sup>2</sup> Optou-se pela seleção de julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina por ser o Tribunal a cuja jurisdição os autores estão submetidos.

O desenvolvimento é estruturado em três seções: a primeira trata do papel da autorregulação no cenário pós-moderno, apresentando explicações sobre os negócios jurídicos e a autonomia privada; a segunda versa sobre a erosão da dicotomia entre os ambientes e os direitos público e privado; e a terceira discorre acerca da constitucionalização do processo e do direito civil, além da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

## 2 AUTORREGULAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO DA VIDA PARA A ABSORÇÃO DE SUA JURIDICIZAÇÃO

A sociedade ocidental contemporânea caracteriza-se por um conjunto de atributos que, não obstante sejam objetos de (necessários) estudos por especialistas e membros da academia, são notáveis mesmo pelo sujeito leigo que se atente a observar e analisar os atuais percursos do meio social. Trata-se, por exemplo, da inserção das tecnologias da comunicação no cotidiano popular; da transmissão ultrarrápida, senão instantânea, de informações; da ascensão do mercado virtual, havendo empresas que atuam exclusivamente por via do ciberespaço, sem possuir ponto comercial físico; e do surgimento de novas formas de se relacionar afetivamente, intermediadas pelas redes sociais<sup>3</sup>.

A facilitação da conectividade entre pessoas físicas e jurídicas possibilitou uma (ao menos potencial) multiplicação, tanto quantitativa quanto qualitativa, das relações interpessoais, decorrentes da autorregulação de interesses. Essas relações, ao se constituírem em declarações de vontade de natureza extrapatrimonial ou patrimonial, configuram negócios jurídicos, exarando efeitos para o mundo do direito quando presentes os pressupostos

<sup>3</sup> Hoje se sustenta, por exemplo, a necessidade do reconhecimento de uniões estáveis virtuais.

de existência, validade e eficácia<sup>4</sup> (AZEVEDO, 2002). Como espécie do gênero dos negócios jurídicos há os contratos, que se definem pela bilateralidade em sua gênese e pela patrimonialidade em seu objeto, distinguindo, portanto, dos negócios que são unilaterais em sua formação e dos negócios extrapatrimoniais (TEPEDINO; KONDER, 2020)

A autorregulação de interesses, nesse sentido, passa a se constituir em uma alternativa à insuficiência da regulamentação estatal, que por vezes se mostra incapaz de acompanhar as rápidas transformações sociais. É fruto do princípio da autonomia do indivíduo, que encontra fundamento constitucional no direito geral de liberdade, previsto no caput do artigo 5º, bem como em outras liberdades específicas, como a liberdade de manifestação do pensamento (BRASIL, 1988). Em seu viés patrimonial, pode ser vista também como uma consequência da livre iniciativa, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do inciso IV do artigo inaugural (BRASIL, 1988).

A respeito da autonomia, embora se saiba não haver consenso conceitual entre as diversas “modalidades”<sup>5</sup>, Teixeira (2018) distingue historicamente a autonomia da vontade da autonomia privada: a primeira foi o marco político do Estado Liberal, centrada na liberdade contratual e num posicionamento negativo por parte do Estado; a segunda, por sua vez, decorre da convivência da liberdade com a função social do contrato e da propriedade, característica do Estado Democrático de Direito. Essa mesma autonomia privada pode ser observada tanto no aspecto patrimonial quanto no âmbito extrapatrimonial, passando a se chamar, no que tange ao segundo caso, “autonomia existencial” (TEIXEIRA, 2018).

<sup>4</sup> Para uma explicação profunda a respeito de tais pressupostos, consultar Azevedo (2002).

<sup>5</sup> Como “autonomia da vontade”, “autonomia privada”, “autonomia negocial”, “autonomia contratual”, “autonomia existencial” e “autonomia decisória”.

Ao discorrer sobre a temática, Supiot (2007, p. 159) refere que a autorregulação, denominada por ele simplesmente de “regulação”, “[...] é fazer que se observem as regras necessárias ao funcionamento homeostático de uma organização [...]”, estando relacionada com o aumento das negociações coletivas no campo do direito do trabalho e, em um sentido mais amplo, com o fenômeno da contratualização das relações sociais. A “regulamentação”, por seu turno, é o ato de ditar regras do exterior, portanto, uma heteronomia (SUPIOT, 2007), como é o caso da regulamentação estatal.

No panorama atual, a autorregulação pode ser encarada como uma resposta à insuficiência quanto aos tipos de negócios jurídicos que estão nominados na legislação civilista. Disso decorre o crescimento na confecção dos chamados contratos atípicos, que englobam os contratos atípicos propriamente ditos, formados por elementos originais, e os contratos mistos, que resultam da fusão de dois ou mais contratos completos ou de elementos mais simples que os compõem (GOMES, 2007). Esse traço de tipicidade/atipicidade também se vislumbra no âmbito dos negócios jurídicos como um todo.

O Código Civil, no artigo 107, é claro ao prever a regra da liberdade de forma dos negócios jurídicos, não dependendo a validade da declaração de vontade de forma especial, salvo quando a lei expressamente a exigir (BRASIL, 2002). É claro também ao admitir, no artigo 425, a licitude dos contratos atípicos, observadas as normas gerais (BRASIL, 2002). Todavia, mesmo com as referidas previsões permissivas, o reconhecimento de tais negócios por parte do Poder Judiciário por vezes é dificultado pela prevalência de um positivismo legalista, herança da tradição jurídica moderna.

A nova ordem mundial, entretanto, que começou a se desenvolver por volta do final dos anos 1950, como ensina Lyotard (2009), define-se pela incredulidade em relação aos metarrelatos que antes sustentavam o pensamento filosófico moderno, classificando-se, assim, como pós-moderna. Essa pós-modernidade, como denota Chevallier (1998), ao refletir no âmbito

do direito, pode ser encarada simultaneamente tanto como uma modernidade mais autêntica, uma hipermodernidade, quanto como uma ruptura genuína com a modernidade, uma antimodernidade.

Pela primeira perspectiva, da hipermodernidade, o direito é marcado pelos atributos da racionalização e da legalização: a racionalização implica que o direito não goze mais de uma legitimidade *ab initio*, pregando o rigor nas etapas do processo legislativo e a reorganização do ordenamento legal, com a “poda de galhos mortos”<sup>6</sup> e a simplificação e condensação dos “galhos” que permanecem; a legalização, por sua vez, constitui-se na proliferação de textos que englobam áreas da vida cada vez mais amplas e diversificadas, colaborando para um panlegalismo (CHEVALLIER, 1998).

Já pela segunda ótica, da antimodernidade, o direito é marcado pelos atributos da complexidade e da flexibilidade: a complexidade relaciona-se com o pluralismo, fenômeno pelo qual vários espaços jurídicos atuam ao mesmo tempo em diversas escalas, deixando o Estado de ser o único centro de direito; a flexibilidade, por seu turno, denota a característica do direito pós-moderno de ser adaptável, o que requer a existência de um texto de lei mais vago, que indique objetivos, diretrizes e recomendações (CHEVALLIER, 1998).

No mesmo sentido dessa segunda perspectiva, Arnaud (1999) indica que o pós-modernismo no direito se caracteriza por uma superação do paradigma da modernidade: os atributos da abstração, subjetivismo, universalismo, unidade da razão, axiomatização, simplicidade, sociedade civil/Estado e segurança são, dessa maneira, substituídos pelos atributos do pragmatismo, descentramento do sujeito, relativismo, pluralidade de

<sup>6</sup> Expressão empregada pelo autor: “*La remise en ordre passera par la révision du droit en vigueur, d’une part en élaguant le dispositif normatif des rameaux morts [...]*” (CHEVALLIER, 1998, p. 677).

racionalidades, “lógicas estilhaçadas”<sup>7</sup>, complexidade, retorno da sociedade civil e risco, respectivamente.

É no contexto da flexibilidade apontado por Chevallier (1998) que o contrato aparece como um símbolo do direito pós-moderno, representando a passagem de um direito imperativo, proibitivo ou permissivo para um direito baseado no livre acordo de vontades. Em suas próprias palavras, “[...] o contrato tornou-se um meio privilegiado de regulação das relações entre o Estado e as coletividades locais; ele permite contrabalançar os efeitos do pluralismo jurídico por um dispositivo de harmonização flexível” (CHEVALLIER, 1998, p. 669, tradução nossa)<sup>8</sup>

A autorregulação é, pois, instrumento que torna possível a juridicização de diversos setores da vida (sobretudo quando o legislador permanece inerte sobre essas matérias), ao torná-los objetos de negócios que gerarão, uma vez presentes os pressupostos legais, efeitos no mundo jurídico. Na pós-modernidade, impera uma nova compreensão do direito que não se opõe à existência de uma ordem, ao mesmo tempo que não nega a diversidade das fontes, reconhecendo no princípio da autonomia a capacidade de os próprios sujeitos regularem mais livremente seus próprios interesses – não à margem, mas ao lado do direito estatal.

### 3 EROÇÃO DA DICOTOMIA ENTRE (OS AMBIENTES E OS DIREITOS) PÚBLICO E PRIVADO

Outra característica do paradigma da pós-modernidade, também facilmente perceptível pelo sujeito leigo, é a erosão da dicotomia entre os

<sup>7</sup> Expressão que o autor utiliza para designar a fragilidade da representação da ordem jurídica como uma figura piramidal, figura esta que descreve o atributo da axiomatização do direito moderno (ARNAUD, 1999).

<sup>8</sup> Tradução livre do seguinte trecho: “[...] *le contrat est devenu un moyen privilégié de régulation des rapports entre Etat et collectivités locales; il permet de contrebalancer les effets du pluralisme juridique par un dispositif souple d’harmonisation*” (CHEVALLIER, 1998, p. 669)

ambientes público e privado. As tecnologias da informação e da comunicação, cada vez mais presentes no cotidiano sob diversas formas, possibilitam um acesso imediato a um (não mais tão) novo mundo – o do ciberespaço –, marcado pela publicização da vida privada.

Essa publicização tem sido notada há anos com as redes sociais, nas quais os próprios internautas compartilham, além de notícias e outras informações de caráter público, uma miríade de dados pessoais considerados sensíveis, relacionados à opinião política, convicção religiosa, origem racial ou étnica e orientação sexual, por exemplo (BRASIL, 2018)<sup>9</sup>. Com a pandemia do novo agente coronavírus SARS-CoV-2, tornou-se uma necessidade fazer reuniões e aulas *on-line*, cujos participantes, em sua maioria, se encontram dentro de suas próprias residências, compartilhando via áudio e imagem a sua privacidade, e talvez até a dos outros que com eles coabitam.

Teixeira (2018) aponta que, no âmbito da privacidade, cabe somente à própria pessoa deliberar sobre o controle das informações relativas a si mesma, vinculando essa autonomia informativa à autonomia existencial. Cabe lembrar que a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem das pessoas são direitos fundamentais expressamente tutelados pela Constituição Federal, no inciso X do artigo 5º (BRASIL, 1988), o que não exclui, entretanto, outros direitos da personalidade com caráter fundamental.

Essa característica da erosão entre os dois âmbitos se reflete no direito, que, como produto social, é chamado a se transformar à medida que a sociedade também se transforma (CHEVALLIER, 1998). Nesse sentido, aquela classificação em direito público ou direito privado, baseada ora na natureza dos interesses, ora na natureza do sujeito titular de tais interesses, torna-se cada vez mais obscura, até porque na sociedade atual é difícil

<sup>9</sup> Utiliza-se aqui a definição sobre dados pessoais sensíveis contida na Lei Geral de Proteção de Dados, não obstante essa mesma lei não ter aplicabilidade ao tratamento de dados pessoais realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos, nos termos do inciso I do artigo 4º (BRASIL, 2018).

individualar um interesse particular que seja isolado do interesse dito público, conforme bem aponta Perlingieri (2007). Um grande exemplo no sistema jurídico brasileiro é a incidência da função social nas relações contratuais, um efeito da constitucionalização do direito<sup>10</sup>.

Na mesma senda de Perlingieri (2007), Tepedino (2006, p. 51) trata da natureza híbrida dos novos institutos jurídicos fazendo o seguinte apontamento:

A interpenetração do direito público e do direito privado caracteriza a sociedade contemporânea [...]. Daí a inevitável alteração dos confins entre o direito público e o direito privado, de tal sorte que a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser meramente quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado. Em outras palavras, pode-se provavelmente determinar os campos do direito público ou do direito privado pela prevalência do interesse público ou do interesse privado, não já pela inexistência de intervenção pública nas atividades de direito privado ou pela exclusão da participação do cidadão nas esferas da administração pública. A alteração tem enorme significado hermenêutico, e é preciso que venha a ser absorvida pelos operadores.

No âmbito da epistemologia do direito, a própria classificação tradicional do direito processual civil como ramo do direito público parece estar perdendo sentido. Isso porque o Código de Processo Civil não trata tão somente da relação das partes com o Estado-juiz – o que conferiria à disciplina o seu caráter público –, abarcando diversas normas cujos destinatários diretos são as próprias partes, na relação entre si mesmas, como as normas que tratam dos meios de autocomposição de litígios. Além disso, pode-se elencar a permissão inscrita no artigo 190 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015)<sup>11</sup> como uma forma de negociação do processo<sup>12</sup>, ao flexibilizar o

<sup>10</sup> O tema será analisado na próxima seção.

<sup>11</sup> “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo” (BRASIL, 2015)

<sup>12</sup> Tanto que o instituto está sendo denominado de “negócio jurídico processual”.

modelo procedimental previsto em lei e conferir maior destaque à autonomia privada das partes.

Imbricada à ideia de enfraquecimento das fronteiras entre direito público e direito privado encontra-se a constitucionalização do processo e do direito civil, tema enfrentado a seguir.

## 4 EFEITOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO E DO DIREITO CIVIL

A constitucionalização é um entre vários outros institutos jurídicos cuja conceptualização está longe de atingir uma pacificidade, quem dirá um consenso. Embora Rodrigues Junior (2018, p. 337) entenda ser possível firmar um acordo semântico no sentido de que a constitucionalização, no direito brasileiro, é “[...] a elevação de normas ordinárias ao texto constitucional [...]”, tal definição parece se limitar a apenas uma das perspectivas do fenômeno.

Pode-se demarcar duas vias da constitucionalização do processo e do direito privado, mais especificamente do direito civil (o foco deste estudo): (a) a existência, no texto constitucional, de assuntos antes reservados ao domínio da autonomia privada – noção que vai ao encontro da supramencionada tese de Rodrigues Junior –; e (b) a presença, nos textos infraconstitucionais, de normas remetendo à supremacia da Constituição, seja por meio de um dispositivo legal com raízes principiológicas constitucionais, seja por intermédio de cláusulas de conteúdo aberto (TEPEDINO, 2006, p. 41). Ambas as vias confirmam a dissolução da dicotomia “direito público *versus* direito privado”, apoiando a interseção entre as duas áreas.

A atual Carta Magna consagra diversos direitos que são do interesse especial das relações horizontais, entre pessoas físicas e jurídicas não estatais. Por exemplo: a propriedade (caput do artigo 5º e inciso II do artigo

170) e sua função social (inciso XXIII do artigo 5º e inciso III do artigo 170); a livre concorrência (inciso IV do artigo 170); o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (inciso X do artigo 5º); a impenhorabilidade da pequena propriedade rural trabalhada pela família, por débitos derivados de sua atividade produtiva (inciso XXVI do artigo 5º); os direitos autorais e o direito à propriedade industrial (incisos XXVII e XXIX do artigo 5º); a herança (inciso XXX do artigo 5º); a defesa do consumidor (inciso XXXII do artigo 5º e inciso V do artigo 170); o casamento, a união estável, o divórcio, a paternidade responsável, o livre planejamento familiar, a família em si (caput e parágrafos do artigo 226) e a igualdade entre os filhos (§ 6º do artigo 227) (BRASIL, 1988). Além disso, há um amplo rol de direitos do trabalho, que, não obstante sejam direitos sociais, fazem parte do ramo do “direito privado”, ao lado do direito civil e do direito comercial (STEINMETZ, 2004).

Já na seara infraconstitucional, foi com o Código de Processo Civil de 2015 que a constitucionalização se incorporou de forma mais efetiva, com a previsão, já no artigo inaugural, de que o processo civil deveria ser ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição Federal (BRASIL, 2015). O atual Código Civil, embora promulgado em 2002, foi o resultado de uma elaboração de décadas anteriores, motivo pelo qual pouco absorveu o fenômeno.

Além do artigo 1º, que consagra expressamente a constitucionalização, os dispositivos subsequentes do Código de Processo Civil fixam diretrizes para o funcionamento do processo civil mencionando um vasto rol de expressões de conteúdo aberto, como “prazo e tempo razoável” (artigos 4º e 6º), “boa-fé” (artigo 5º), “decisão justa e efetiva” (artigo 6º), “fins sociais” e “bem comum” (artigo 8º) (BRASIL, 2015). Há cláusulas de tessitura aberta também no Código Civil, presentes em dispositivos legais que tratam, sobretudo, de

relações contratuais, como “função social” (artigo 421), “probidade” e “boa-fé” (artigo 422) (BRASIL, 2002).

A existência dessas e de outras cláusulas de conteúdo aberto, tanto na legislação material quanto na processual civil, configura um dos meios facilitadores da compatibilização das normas constitucionais com as de direito privado. Trata-se, em verdade, de uma das formas pelas quais se opera a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, também denominada de eficácia horizontal (ou, ainda, horizontalização) dos direitos fundamentais.

Ao se observar a historicidade ocidental dos direitos fundamentais, percebe-se que, na égide do constitucionalismo liberal, eles figuravam apenas nas relações verticais, como um meio de limitar a atuação discricionária do Estado perante os cidadãos (STEINMETZ, 2004). Contudo, com a dissolução do Estado Liberal clássico e a ascensão do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais começam a ser observados também a partir de outra perspectiva, na qual os particulares são vistos como destinatários, isto é, vinculados ou obrigados no cumprimento de certos direitos fundamentais<sup>13</sup>.

Tal vinculação pode ocorrer de duas maneiras, conforme as teorias (a) da eficácia indireta ou mediata e (b) da eficácia direta ou imediata. A teoria da eficácia indireta admite a incidência dos direitos fundamentais nas relações interprivadas por intermédio de normas do direito privado, seja por uma norma específica cabível ao caso concreto, seja por meio das cláusulas gerais abertas à interpretação de acordo com a Constituição Federal (STEINMETZ, 2004). Já a eficácia direta ou imediata, como a própria nomenclatura indica, admite a vinculação direta dos particulares a direitos fundamentais, ou seja, de forma não condicionada à existência de leis infraconstitucionais específicas ou às cláusulas gerais (STEINMETZ, 2004).

<sup>13</sup> Importante ressaltar que o Poder Público está vinculado a todos os direitos fundamentais, mas o mesmo não acontece com os particulares. Há direitos fundamentais que são unidirecionais, ou seja, que vinculam apenas o Estado, como é o caso dos direitos de nacionalidade e dos direitos políticos (STEINMETZ, 2004, p. 59).

Além da função social, que incide sobretudo no âmbito da autonomia privada patrimonial, outro exemplo da horizontalização dos direitos fundamentais é a eficácia do princípio da solidariedade, inserido na Constituição Federal como forma de objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, nos termos do inciso I do artigo 3º (BRASIL, 1988). A solidariedade respalda a proteção especial de crianças e adolescentes, idosos e pessoas com deficiências no âmbito das famílias.

As cláusulas gerais constituem-se em um importante instrumento a facilitar a abertura do texto legal às circunstâncias de cada caso, permitindo uma maior adaptação da interpretação jurisdicional à situação concreta levada ao Poder Judiciário. O significado da lei, assim, abre-se ao meio social, desvinculando-se de uma legalidade rígida e se aproximando do paradigma do direito pós-moderno.

A inserção em códigos de normas consagrando a constitucionalização do direito privado, ou mesmo das próprias cláusulas de conceito aberto, configura uma tarefa legislativa, realizada por aqueles que, uma vez eleitos nos termos da democracia representativa, representam a vontade do povo. Contudo, é no momento da hermenêutica jurisdicional que o fenômeno efetivamente se concretiza – afinal, a previsão por si só às vezes não basta; o texto frio da lei deve adquirir a chama constitucional por meio do trabalho interpretativo dos juízes e tribunais.

Um exemplo histórico da constitucionalização do direito civil diz respeito ao reconhecimento das uniões homoafetivas como instituto de direito de família pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277-DF e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132-RJ, em 5 de maio de 2011. Embora o Código Civil, no artigo 1.723 (BRASIL, 2002), e a própria Constituição Federal, no § 3º do artigo 226 (BRASIL, 1988), reconheçam como entidade familiar a união estável “[...] entre o homem e a mulher [...]”,

a Corte Constitucional conferiu interpretação conforme a Constituição ao referido dispositivo civilista para impedir qualquer significação que pudesse obstar o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre casais do mesmo sexo, atribuindo caráter de família à relação há muito tempo presente no patamar social (BRASIL, 2011).

Diversos foram os fundamentos suscitados para tal reconhecimento. Entre eles, destacam-se aqui o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (inciso III do artigo 1º); a proibição da discriminação das pessoas em razão do sexo, do gênero ou da orientação sexual, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (inciso IV do artigo 3º); e a liberdade sexual como expressão da autonomia e dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada (inciso X do artigo 5º), que são cláusulas pétreas (BRASIL, 2011).

No acórdão, enfatizou-se que a Constituição Federal, ao empregar a palavra “família”, não limita a sua formação a casais heteroafetivos nem à formalidade cartorária, o que justifica a interpretação não-reducionista do termo. Grifou-se também que a referência do texto à dualidade homem/mulher foi realizada com a finalidade de conferir especial proteção à mulher no âmbito das relações domésticas, e não com o fim de desigualar pares heteroafetivos e homoafetivos (BRASIL, 2011).

No Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a constitucionalização é invocada para fundamentar decisões variadas. A título exemplificativo, cita-se a Apelação Cível n. 0300218-79.2015.8.24.0035, julgada em julho de 2021 pela Segunda Câmara de Direito Civil, sob a relatoria do Desembargador Rubens Schulz. A parte apelante pleiteou a fixação de honorários advocatícios sucumbenciais em percentual sobre o proveito econômico ou sobre o valor da causa, e não por apreciação equitativa, como havia sido feito em primeira instância. O recurso, entretanto, foi desprovido, sob o fundamento de que o caso configurava uma das situações excepcionais que,

mesmo não se enquadrando na hipótese normativa do § 8º do artigo 85 do Código de Processo Civil<sup>14</sup>, justificam o arbitramento equitativo, por força da constitucionalização do processo consagrada no artigo inaugural do Código. Uma vez que, nos termos do acórdão, a causa era de baixa complexidade, não houve dilação probatória e a parte apenas se manifestou por petições simples, a fixação da verba honorária mesmo no percentual mínimo resultaria em honorários exorbitantes (SANTA CATARINA, 2021).

Outro exemplo do Tribunal de Justiça de Santa Catarina é a Apelação Cível n. 2013.014890-8, julgada em janeiro de 2015. A parte apelante, beneficiária de cheque devolvido por falta de provisão de fundos, ajuizou ação de indenização por danos morais contra o banco sacado, porém o processo, em primeira instância, foi extinto sem resolução de mérito por ilegitimidade passiva da instituição financeira. A Quarta Câmara de Direito Civil, por sua vez, sob a relatoria do Desembargador Eládio Torret Rocha, deu provimento ao recurso, determinando a cassação da sentença e o retorno dos autos à origem; os julgadores entenderam que o caso não deveria ser visto exclusivamente a partir da dogmática cambiária, já que configurava relação de consumo, estando a financeira obrigada pelo defeito na prestação de consumo perante a parte beneficiária-portadora do cheque. Entre os fundamentos da decisão, tendo em vista se tratar de matéria bastante controversa, o relator elencou o “[...] fenômeno da constitucionalização e repersonalização do direito privado, o qual implica a revisita dos institutos jurídicos, dentre eles, o da responsabilidade civil [...]” (SANTA CATARINA, 2015a).

Um último exemplo da constitucionalização invocada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina é a Apelação Cível n. 2015.024162-6, julgada em maio de 2015. A parte recorrente, uma grande sociedade empresária de

<sup>14</sup> “§ 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º” (BRASIL, 2015).

cosméticos, foi condenada em ação de indenização por danos morais movida por uma pessoa física revendedora, em razão de manutenção indevida de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito. A Sexta Câmara de Direito Civil, sob a relatoria da Desembargadora Denise Volpato, negou provimento ao recurso que pretendia a reforma da sentença, reconhecendo a incidência do Código de Defesa do Consumidor pelo fato de haver uma nítida disparidade de forças em litígio, mesmo não sendo a parte requerente uma destinatária final dos serviços. A mitigação da teoria finalista, prevista na literalidade do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, foi acolhida sob o fundamento de que “[...] as modernas relações contratuais, como no caso em tela, outrora tratadas pela Legislação Civil, merecem tratamento constitucional (constitucionalização do Direito Civil) [...]” (SANTA CATARINA, 2015b).

Os julgados acima retratam a diversidade de assuntos para os quais a constitucionalização oferece suporte hermenêutico. Demonstram, ainda, que mesmo os negócios jurídicos pactuados somente entre particulares devem ser interpretados considerando-se as normas constitucionais, dada a própria supremacia da Constituição Federal e os contornos do direito pós-moderno, um direito flexível, interdisciplinar e complexo.

## 5 CONCLUSÃO

O cenário contemporâneo apresenta uma realidade em que as relações interpessoais se caracterizam por uma heterogeneidade sempre em potencial, em resposta às novas demandas que surgem a cada dia. O ciberespaço representa, hoje, um dos principais locais de relacionamento (no sentido mais amplo da palavra) entre pessoas físicas e jurídicas, dinâmica que se reflete também no âmbito jurídico.

Diante de tal conjuntura, a negociação da vida por meio da autorregulação de interesses se mostra como uma alternativa à

regulamentação estatal típica, prática que é inclusive reconhecida pela própria literalidade do texto legal, considerando a admissibilidade de contratos jurídicos não solenes e atípicos. As normas que preveem especificamente certos negócios jurídicos, como o contrato de compra e venda ou a locação, não conseguem abarcar a totalidade das relações no paradigma da pós-modernidade, sejam elas de caráter patrimonial ou existencial.

Um dos atributos do direito pós-moderno apontado por autores estrangeiros e brasileiros, como Pietro Perlingieri e Gustavo Tepedino, é a crise da distinção rígida entre o direito público e o direito privado. Relacionado a tal conjuntura encontra-se o fenômeno da constitucionalização do processo e do direito civil, que se verifica em duas perspectivas: (a) na “ascensão”, ao texto constitucional, de temáticas próprias do direito privado; e (b) na presença, no texto infraconstitucional, de normas que remetem à supremacia da Constituição Federal, como é o caso do artigo inaugural do Código de Processo Civil.

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas também participa da constitucionalização, seja pela incidência direta dos direitos fundamentais (teoria da eficácia direta ou imediata), seja por intermédio das normas próprias do direito privado, com a inserção, por exemplo, das cláusulas de conceito aberto no texto infraconstitucional (teoria da eficácia indireta ou mediata).

A partir das conclusões obtidas por meio dos objetivos específicos elencados para esse estudo – apontadas acima –, pode-se afirmar que os negócios jurídicos se encontram em uma posição (inevitavelmente) complexa. Trata-se de uma complexidade que caracteriza o próprio direito pós-moderno como um todo, ao lado de outros atributos, como o da flexibilidade, há décadas já elencados por autores como André-Jean Arnaud e Jacques Chevallier.

Isso porque, como exposto nos parágrafos supramencionados e ao longo deste ensaio, são inúmeras as possibilidades de autorregulação de

interesses, o que requer uma interpretação mais detida por parte do Estado-juiz, que não pode se eximir da análise de tais casos sob o fundamento da atipicidade. Por segundo, porque a interpretação dos negócios jurídicos, ainda que pactuados somente entre particulares, não deve ser feita exclusivamente atentando-se para as normas de direito privado. A própria vinculação dos particulares a direitos fundamentais, em síntese, retrata tal impossibilidade.

## REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização**: lições de filosofia do direito e do estado. Tradução Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 6 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 9 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) (Redação dada pela Lei n. 13.853, de 2019). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 ago. 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm). Acesso em: 21 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Brito. Decisão em 5 de maio de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 14 out. 2011. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 10 set. 2021.

CHEVALLIER, Jacques. Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique. **Revue du Droit Public et de la Science Politique**, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, França, n. 3, p. 659-714, 1998. Disponível em: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01728684/document>. Acesso em: 14 set. 2021.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 12. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução Maria Cristina De Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Direito civil contemporâneo**: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 2ª Câmara de Direito Civil. **Recurso de Apelação**. Acórdão nº 0300218-79.2015.8.24.0035. Apelante: Edio Machado & Advogados Associados. Apelado: Nelson Weber. Relator: Desembargador Rubens Schulz. Decisão em julho de 2021. Florianópolis, 2021. Disponível em: [https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=constitucionaliza%E7%E3o%20&only\\_ementa=&frase=&id=321627486851295630706299326167&categoria=acordao\\_eproc](https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=constitucionaliza%E7%E3o%20&only_ementa=&frase=&id=321627486851295630706299326167&categoria=acordao_eproc). Acesso em: 10 set. 2021.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 4ª Câmara de Direito Civil. **Recurso de Apelação**. Acórdão nº 2013.014890-8. Apelante: Terezinha de Lurdes Pereira Bucco e outros. Apelado: Banco Safra S/A. Relator: Desembargador Eládio Torret Rocha. Decisão em janeiro de 2015. Florianópolis, 2015a. Disponível em: [https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=constitucionaliza%E7%E3o%20&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAALK4yAAT&categoria=acordao](https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=constitucionaliza%E7%E3o%20&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAALK4yAAT&categoria=acordao). Acesso em: 10 set. 2021.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 6ª Câmara de Direito Civil. **Recurso de Apelação**. Acórdão nº 2015.024162-6. Apelante: Avon Cosméticos Ltda. Apelada: Vanda Helena Viana da Silva. Relatora: Desembargadora Denise Volpato. Decisão em maio de 2015. Florianópolis, 2015b. Disponível em: [https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAALLIQAAL&categoria=acordao](https://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAALLIQAAL&categoria=acordao). Acesso em: 10 set. 2021.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:7PZTgpsLYy4J:https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/download/232/214+&cd=12&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 20 set. 2021.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito do Estado**, [S. l.], ano 1, n. 2, p. 37-53, abr./jun. 2006. Disponível em: [http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Premissas\\_metodologicas\\_constitucionalizacao\\_Direito\\_Civil\\_fls\\_37-53.pdf](http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Premissas_metodologicas_constitucionalizacao_Direito_Civil_fls_37-53.pdf). Acesso em: 13 set. 2021.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson. Contratos: teoria geral. In: TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 3.



# IN DUBIO PRO ADERENTE E INTERPRETAÇÃO INTEGRATIVA: NOTAS ACERCA DA DIFÍCIL ARTE DE JULGAR<sup>1</sup>

Marcos Catalan

A Constituição Federal prometeu, em 1988, acesso universal e igualitário à saúde, a toda a população brasileira<sup>2</sup>. Ainda, assim, 1.040 operadores de planos de saúde certas vezes atendem, outras vezes frustram, as expectativas normativas que pulsam de 55.640.000 contratos (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, 2015)<sup>3</sup> nos quais seres demasiadamente humanos depositam a esperança de tratamento e (ou) cura dos males que, eventualmente, venham a lhes afetar.

A narrativa aqui alinhavada (BRASIL, 2015) relata uma história, inexoravelmente, havida nesse cenário. Uma biografia tematizada na dúvida quanto à existência (ou não) do direito subjetivo de paciente que sofria – e, talvez, ainda sofra – de doença obstrutiva crônica (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2021)<sup>4</sup>, de exigir a manutenção do *home care* (FLORIANI;

<sup>1</sup> Estas reflexões foram alinhavadas no desvelar do projeto de investigação intitulado *Abrindo fissuras nas paredes da sociedade do espetáculo* [442136/2014-5], custeado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq.

<sup>2</sup> “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988).

<sup>3</sup> Acrescente-se que, em média, a contraprestação mensal paga ao plano de saúde a título de prêmio é de R\$ 176,35 (cento e setenta e seis reais e trinta e cinco centavos), valor equivalente a, aproximadamente, 22% do salário mínimo no Brasil (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, 2015).

<sup>4</sup> “Chronic obstructive pulmonary disease (COPD) is a life-threatening lung disease that interferes with normal breathing – it is more than a smoker’s cough [...] According to WHO estimates, 65 million people have moderate to severe chronic obstructive pulmonary disease (COPD). More than 3 million people died of COPD in 2005, which corresponds to 5% of all deaths globally. Most of the information available on COPD prevalence, morbidity and mortality comes from high-income countries. Even in those countries, accurate epidemiologic data on COPD are difficult and expensive to collect. It is known that almost 90% of COPD deaths occur in low and middle-income countries. At one time, COPD was more common in men, but because of

SCHRAMM, 2004)<sup>5</sup> do operador de seu plano de saúde. Um relato que ganha ares de dramaticidade, quando se identifica que, após o atendimento à ordem médica que antecedeu o acesso – durante algum tempo – ao tratamento domiciliar prescrito, ele foi, unilateralmente, suspenso sob a alegação de ausência de previsão contratual.

Provocado a manifestar-se acerca de tais fatos, o Tribunal da Cidadania – ratificando as decisões oriundas das cortes inferiores – sustentou a condenação do operador do plano de saúde, confirmando a manutenção do *home care* – enquanto vigerem as instruções médicas – e, ainda, a imposição da condenação à reparação de danos extrapatrimoniais<sup>6</sup>.

Argumentou que (a) embora válida a cláusula por meio da qual foram eleitas as doenças que merecerão (ou não) cobertura contratual, se e quando necessário, o mesmo não pode ser dito, da declaração negocial que restringe a forma do tratamento devido ao paciente – o *home care* é desdobramento do atendimento nosocomial –, (b) eventual limitação contratual temporal do atendimento devido ao paciente é despida de licitude – consoante sumulado, outrora (BRASIL, 2004) –, (c) o serviço de *home care*

---

increased tobacco use among women in high-income countries and the higher risk of exposure to indoor air pollution (such as biomass fuel used for cooking and heating) in low-income countries, the disease now affects men and women almost equally. [...] Estimates show that COPD becomes in 2030 the third leading cause of death worldwide” (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2021).

<sup>5</sup> “O termo é aqui empregado no sentido amplo de *home care*, compreendendo [potencialmente, ante a ausência de dados nos autos, a] uma gama de serviços realizados no domicílio e destinados ao suporte terapêutico do paciente. Estes serviços vão desde cuidados pessoais de suas atividades de vida diária (higiene íntima, alimentação, banho, locomoção e vestuário), cuidados com sua medicação e realização de curativos de ferimentos, cuidados com escaras e ostomias, até o uso de alta tecnologia hospitalar como nutrição enteral/parenteral, diálise, transfusão de hemoderivados, quimioterapia e antibioticoterapia, com serviço médico e de enfermagem 24 horas/dia, e uma rede de apoio para diagnóstico e para outras medidas terapêuticas. Também estão incluídos neste conceito o chamado suporte comunitário (voluntários, serviços de associações comunitárias, transporte) e realização de tarefas externas, como ida a um banco ou a uma farmácia” (FLORIANI; SCHRAMM, 2004, p. 987).

<sup>6</sup> Informa-se ao atento leitor que apenas a primeira das questões será objeto de reflexão e análise. O corte metodológico aqui realizado justifica-se diante da limitação de páginas, recomendada pelo editor, quando do encaminhamento do honroso convite para integrar este volume especial da Revista do Superior Tribunal de Justiça.

é menos oneroso (FLORIANI; SCHRAMM, 2004)<sup>7</sup> – e *mais humano*<sup>8</sup> – que o tratamento hospitalar e, portanto, não haveria desequilíbrio na economia negocial ou ofensa à estrutura mutualística –, sinalizando, ainda, que (d) o conflito hermenêutico que, aparentemente, marca a situação submetida ao crivo judicial, haverá de ser resolvido no preenchimento do suporte fático descrito na regra contida no artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990)<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Os autores apontam que, embora, em princípio, a afirmação seja verdadeira, nem sempre assim o será.

<sup>8</sup> No que tange a esse aspecto, o voto do Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas é primoroso, merecendo ser transcrito. “Cinge-se a controvérsia a saber se o tratamento domiciliar constitui desdobramento do tratamento hospitalar, devendo ser custeado pelas operadoras de plano de saúde mesmo na ausência de contratação específica. De início, impende asseverar que, segundo a Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 11/2006 da Anvisa, as ações de promoção à saúde, prevenção, tratamento de doenças e reabilitação desenvolvidas em domicílio (atenção domiciliar) podem se dar nas modalidades de (i) assistência domiciliar, entendida como o conjunto de atividades de caráter ambulatorial, programadas e continuadas desenvolvidas em domicílio, e (ii) internação domiciliar, conceituada como o conjunto de atividades prestadas no domicílio, caracterizadas pela atenção em tempo integral ao paciente com quadro clínico mais complexo e com necessidade de tecnologia especializada. No âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, a atenção domiciliar foi disciplinada [todavia], na Saúde Suplementar, o tratamento médico em domicílio não foi incluído no rol de procedimentos mínimos ou obrigatórios que devem ser oferecidos pelos planos de saúde [...]. Apesar disso, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, atenta aos princípios que regem o setor, tais como a incorporação de ações de promoção da saúde e prevenção de riscos e doenças e a integralidade das ações na segmentação contratada normatizou a questão [...] Verifica-se, desse modo, que a atenção domiciliar nos planos de saúde não foi vedada, tampouco tornou-se obrigatória, devendo obedecer à previsão contratual ou à negociação entre as partes, respeitados os normativos da Anvisa no caso da internação domiciliar [...] Feitas essas considerações, falta definir se nos casos recomendados de internação domiciliar em substituição à internação hospitalar há a obrigatoriedade de custeio desse tratamento pela operadora de plano de saúde na ausência de prévia contratação. Como cedo, o serviço de saúde domiciliar [traz] mais benefícios ao paciente, pois terá tratamento humanizado junto da família e no lar, aumentando as chances e o tempo de recuperação, sofrendo menores riscos de reinternações e de contrair infecções e doenças hospitalares, mas também, em muitos casos, é mais vantajoso para o plano de saúde, já que há a otimização de leitos hospitalares e a redução de custos: diminuição de gastos com pessoal, alimentação, lavanderia, hospedagem (diárias) e outros. [...] Cumpre ressaltar, por outro lado, que o *home care* não pode ser concedido de forma automática, tampouco por livre disposição ou comodidade do paciente e de seus familiares” (BRASIL, 2015).

<sup>9</sup> “Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

E assim, identificando nas condições gerais de contratação (CASTRO Y BRAVO, 1985)<sup>10</sup> e na percepção de que elas são, unilateralmente, *impostas*<sup>11</sup> aos aderentes, um *topoi* hermenêutico, conclui que eventuais ambiguidades, imprecisões ou dúvidas deverão ser afastadas em favor do aderente (BRASIL, 2015)<sup>12</sup>. A pesquisa realizada na construção do voto condutor do julgamento, aliás, é digna de nota! Partindo da regra romana da *interpretatio contra stipulatorem*, transita pelo tratamento dado pelo *Code Napoleon*, por saberes construídos na contemporaneidade por acadêmicos de escol<sup>13</sup> e pela Diretiva 93/13 da Comunidade Europeia, antes de identificar, no Direito tupiniquim, regras nas codificações consumerista, civil e comercial que versam acerca do *in dubio pro aderente*.

O voto condutor do julgado sob análise, distanciou-se, entretanto – apesar da irrefutável coerência e refinamento argumentativos –, da solução dogmática mais escorreita para o conflito que atravessou as portas do Judiciário.

Inexiste cláusula a ser interpretada (MARINO, 2011)<sup>14</sup>.

A solução da questão pressupõe, então, compreender que na interpretação de um negócio jurídico – e, nessa esteira, de qualquer contrato

<sup>10</sup> E, não, nas “cláusulas predispostas em contratos de adesão”, pois, tanto uma cláusula, quanto um contrato qualquer, somente o são – cláusula ou contrato – após a adesão aos termos de uma oferta completa e séria – da declaração unilateral de vontade dirigida ao outro, conhecido (ou não) – que, pensada nos cenários construídos na pela Sociedade de Consumo, é padronizada. Por isso, o tratamento dogmático mais adequado do tema impõe o uso da expressão *condições gerais de contratação*.

<sup>11</sup> “Take it or leave it!”

<sup>12</sup> “Como o predisponente teve a possibilidade de pré-estabelecer todo o conteúdo do contrato, as imprecisões, dúvidas e ambiguidades [sic] das cláusulas [sic] predispostas interpretam-se contrariamente aos seus interesses” (BRASIL, 2015).

<sup>13</sup> Alfred Rieg, Antônio Manual da Rocha e Menezes Cordeiro, Cristina Rapisarda, Edward Allan Farnsworth, Enzo Roppo, Guido Alpa e Mário Júlio de Almeida Costa.

<sup>14</sup> “Para que haja necessidade de invocar a regra de interpretação em favor do aderente e do consumidor, deve haver um conflito entre o sentido de uma cláusula expressa e algum outro elemento do conteúdo do negócio (outra cláusula expressa, prospectos ou alguma forma de publicidade, por exemplo), ou entre o sentido do negócio determinado à luz da literalidade da linguagem e o sentido atribuído mediante a consideração de todas as circunstâncias” (MARINO, 2011, p. 275-276).

– importa considerar “o intuito prático, o interesse em sentido objetivo, que procura satisfação no preceito a que a autonomia privada deu existência”, e que, portanto, consoante os “cânones hermenêuticos da autonomia e da totalidade”, a compreensão de um contrato

[...] deduz-se não só, e não tanto, do teor literal das palavras empregadas [ou, no caso, das palavras não ditas ou grafadas], mas também, especialmente, do comportamento total, do conjunto das várias declarações ou cláusulas entendidas como elemento de um todo, do intuito prático visado, assim como do conjunto das circunstâncias presentes na consciência de ambas as partes (BETTI, 2003, p. 174-176).

A interpretação vai até muito mais longe e abrange também,

[...] pontos do negócio que não foram objeto de reflexões conscientes: pontos para os quais é inútil e irrelevante procurar descobrir uma vontade ‘presumível’, que [na] realidade não existiu [pois] se a interpretação se destina a desenvolver, na sua coerência lógica, a fórmula da declaração ou a estrutura do ato, em busca da ideia mais apropriada, ela leva, necessariamente, a [aclarar também] aquele conteúdo implícito ou marginal do negócio, que não se exprimiu na sua fórmula ou estrutura e que, quando muito, ficou na sombra, até na consciência das partes (BETTI, 2003, p. 204).

Aclara a ser alcançado, na hipótese, com recurso à interpretação integrativa.

A chamada interpretação integrativa incide sobre pontos do regulamento de interesses que, embora não tendo sido abrangidos pela fórmula, que se tornou inadequada, estão, todavia, compreendidos na ideia que ela exprime e, portanto, estão também sempre enquadrados no conteúdo do negócio. Os pontos a investigar por via interpretativa, inferem-se também sempre do conjunto da declaração, apreciado de acordo com a boa-fé, com os usos sociais [e] em harmonia com tudo isso são inteligíveis e reconhecíveis pelas partes [e tem] por base a causa do tipo abstrato do negócio em questão (BETTI, 2003, p. 204-205).

Interpretação integrativa a ser instrumentalizada na inteligência do fim do contrato – finalidade, a ser concretamente identificada (MARINO,

2011)<sup>15</sup> – e que aproxima o pensamento do intérprete da necessidade de percepção de que dos *planos de saúde* – dos contratos havidos nesse cenário – pulsam expectativas atadas ao acesso a consultas, exames, tratamentos, intervenções cirúrgicas e, se possível, à cura dos usuários (PFEIFFER, 2008)<sup>16</sup>.

Oportuno ter em mente, ademais, que

[...] o *ponto de relevância hermenêutica está no aderente*, por ser ele o destinatário da declaração negocial que predispôs o conteúdo negocial [o que conduz a] interpretar [um contrato de consumo] de acordo com todas as circunstâncias e considerando que o sentido juridicamente relevante é aquele atribuído pelo aderente (MARINO, 2011, p. 275-276).

E, também por isso, as expectativas legítimas que pulsam da relação jurídica concretamente estabelecida – da identificação, portanto, do fim contratual – não de ser atendidas.

Enfim, não se pode deixar de notar que a conduta da *Omint Serviços de Saúde* – havida quando do atendimento domiciliar fornecido, durante algum tempo – é outro *topoi*<sup>17</sup> hermenêutico no processo de realização do Direito. Ao conduzir à “interpretação autêntica do contrato” (AZEVEDO, 2004, p. 165) – nos termos explicitados e, contrabandeados, da codificação espanhola (ESPANHA, 1889)<sup>18</sup>, da argentina (ARGENTINA, 2014)<sup>19</sup>, do *codice civile*

<sup>15</sup> “O papel do fim negocial é integrativo e corretivo da causa (função típica), no plano do negócio jurídico em concreto, e não propriamente, substitutivo desta” (MARINO, 2011, p. 126).

<sup>16</sup> “Os planos privados [sic] de assistência à saúde são contratos em que, mediante o pagamento de um prêmio mensal, os fornecedores se obrigam a garantir, sempre que necessário [e nos limites da apólice e das imposições normativas cogentes vigentes em dado momento do tempo e do espaço] o tratamento da saúde dos consumidores” (PFEIFFER, 2008, p. 15).

<sup>17</sup> Um *topoi*, curiosamente, considerado na construção do raciocínio que conduziu à imputação do dever de reparar, mas não – ao menos, não, explicitamente, comunicado nos votos –, como uma conduta devida, por força do contrato pensado em concreto, ao usuário do plano de saúde.

<sup>18</sup> “Art. 1282. Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato” (ESPANHA, 1889).

<sup>19</sup> “Artículo 1065. Fuentes de interpretación. Cuando el significado de las palabras interpretado contextualmente no es suficiente, se deben tomar en consideración: (a) las circunstancias en que se celebró, incluyendo las negociaciones preliminares, (b) la conducta de las partes, incluso la posterior a su celebración, (c) la naturaleza y finalidad del contrato” (ARGENTINA, 2014).

(ITÁLIA, 1942)<sup>20</sup> ou dos saberes construídos pelos comercialistas brasileiros (BRASIL, 1850)<sup>21</sup> – ela impede a adoção, em concreto, de comportamentos que contrariem a conduta que fora, inicialmente, materializada, sob pena de preenchimento do suporte fático atado ao *venire contra factum proprium* (AZEVEDO, 2004)<sup>22</sup>, moldura nascida no Medievo e inserta na codificação civil brasileira enquanto hipótese de exercício inadmissível de posição jurídica<sup>23</sup>.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Atlas econômico-financeiro da saúde suplementar**: ano base 2014. v. 10. Rio de Janeiro, 2015.

ARGENTINA. Lei nº 26.994, de 7 de outubro de 2014. [Código Civil e Comercial Argentino]. **Infojus**, Buenos Aires, 2014. Disponível em: [http://www.saij.gov.ar/docs-f/codigo/Codigo\\_Civil\\_y\\_Comercial\\_de\\_la\\_Nacion.pdf](http://www.saij.gov.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf). Acesso em: 7 set. 2021.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. v. 2. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 7 set. 2021.

<sup>20</sup> “Art. 1362 *Intenzione dei contraenti. Nell’interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole. Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto*” (ITÁLIA, 1942).

<sup>21</sup> O Código Comercial dispunha – antes de ser revogado pela codificação civil vigente –, no artigo 131 que “Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: [...] 3 – o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiverem no ato da celebração do mesmo contrato [...]” (BRASIL, 1850).

<sup>22</sup> “A expressão *venire contra factum proprium* consubstancia o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento anterior; há quebra da boa-fé porque se volta contra as expectativas criadas em todos, mas especialmente na parte contrária” (AZEVEDO, 2004, p. 167).

<sup>23</sup> Nos termos do artigo 187 da codificação civil.

BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial. **Coleção das Leis Brasileiras**, Rio de Janeiro, 1 jul. 1850. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim556.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm). Acesso em: 7 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. [Código de Defesa do Consumidor]. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 7 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.378.707/RJ. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Decisão em 26 de maio de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 15 jun. 2015. Disponível em: <https://www.jurisite.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2017/08/REsp-1.378.707-RJ.pdf>. Acesso em: 7 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 302, de 18 de outubro de 2004. **Diário de Justiça**, 2004, p. 425. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011\\_24\\_capSumula302.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_24_capSumula302.pdf). Acesso em 7 set. 2021.

CASTRO Y BRAVO, Federico. **Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes**. 2. ed. Madri: Civitas, 1985.

ESPAÑA. Decreto de 24 de julho de 1889. [Código Civil Espanhol]. **Gaceta de Madrid**, Madri, 25 jul.1889. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>. Acesso em: 7 set. 2021.

FLORIANI, Ciro Augusto; SCHRAMM, Fermin Roland. Atendimento domiciliar ao idoso: problema ou solução? **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, n. 20, p. 986-994, jul./ago. 2004.

ITÁLIA. Decreto nº 262, de 16 de março de 1942. [Código Civil Italiano]. **Gazzetta Ufficiale**, Roma, 4 abr. 1942. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>. Acesso em: 7 set. 2021.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Planos de saúde e direito do consumidor. *In*: MARQUES, Cláudia Lima et al. **Saúde e responsabilidade 2**: a nova assistência privada à saúde. São Paulo: RT, 2008.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Chronic obstructive pulmonary disease (COPD)**. [S.l.], 2021. Disponível em: <http://www.emro.who.int/health-topics/chronic-obstructive-pulmonary-disease-copd/index.html>. Acesso em: 7 set. 2021.



# A RELAÇÃO DE CONSUMO NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO: UMA LEITURA A PARTIR DO DIÁLOGO DAS FONTES

Ricardo Murilo da Silva  
Priscila Zeni de Sá

## RESUMO

A sociedade contemporânea tem como traço principal a massificação das relações de consumo, em especial as relações contratuais. Ainda que o Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei 8.078/90) seja regra de ordem pública e interesse social, encontra-se resistência na sua aplicação em algumas modalidades contratuais. O presente artigo busca analisar a aplicação do CDC nas relações de locação de imóveis, quando identificada uma relação típica de consumo. Para tanto, realizou-se uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, constatando-se que há inúmeras divergências sobre o tema. Como resposta ao problema, propõe-se o diálogo das fontes como método para viabilizar a aplicação do CDC aos contratos de locação, sendo requisito a verificação dos elementos da relação de consumo.

**Palavras-chave:** Consumidor. Locação. Diálogo das fontes. Contratos de consumo.

## 1 INTRODUÇÃO

A proteção do consumidor e a regulação do mercado de consumo são uma realidade na sociedade contemporânea e no ordenamento jurídico brasileiro, sendo a massificação do consumo uma presente no cotidiano. A maioria dos contratos pactuados diuturnamente são regidos pela norma consumerista, oferecendo ao consumidor maior proteção e segurança.

Nesse cenário, aparece a problemática dos contratos de locação de imóvel. Apesar da sua popularização, ainda encontra-se resistência para entendê-los no cenário consumerista. Por isso o presente estudo tem como objetivo viabilizar a aplicação do direito do consumidor nas relações de locação de imóvel, em conjunto com a legislação especial, num verdadeiro diálogo das fontes. A problemática ficou definida da seguinte forma: Aos contratos de locação de imóvel firmados no território brasileiro aplicam-se os direitos e garantias previstos no Código de Defesa do Consumidor como lei geral que regula o mercado de consumo? A hipótese foi definida positivamente, sendo o diálogo das fontes uma possibilidade para concretizar direitos e garantias aos consumidores nos contratos de locação, quando identificada uma relação de consumo.

Para tanto, discute-se a relação de consumo e seus elementos, assim como aponta-se conceitos da Lei de Locações, frente a um contexto de Direito na atualidade, em específico frente ao seu papel transformador.

Busca-se, assim, identificar a relação de consumo nos contratos de locação, especialmente nos contratos de prestação de serviços realizados entre imobiliárias e locadores, entre imobiliárias e locatários, bem como nos contratos de locação firmados entre locadores e locatários quando presentes os elementos da relação de consumo.

Metodologicamente, utiliza-se o método dedutivo para a realização do estudo, tendo como técnica de pesquisa a bibliográfica e jurisprudencial.

## 2 A LOCAÇÃO COMO REALIDADE COTIDIANA

A locação de imóveis está presente no cotidiano de inúmeras pessoas no cenário nacional e internacional, sendo que, por muitas vezes os contratos de locação são intermediados por pessoas, corretores de imóveis

ou imobiliárias, onde há uma prestação de serviços com a aproximação das partes, realização de contratos, vistoria, cobranças, entre outros.

## 2.1 RELAÇÃO DE CONSUMO E SEUS ELEMENTOS

Antes de tratar dos conceitos de consumidor, fornecedor, produto, serviço, e tecer considerações sobre a Lei de Locações, cumpre demonstrar a importância da relação de consumo, o que ela é, e porquê ela existe, pois somente assim é que se encontra a justificativa para o consumidor ter um tratamento diferenciado, protegido pelo Estado.

Cumpre destacar que o consumo é parte indissociável do cotidiano do ser humano, sendo imperioso reconhecer que todos são consumidores, independentemente da classe social e da faixa de renda, carregando com isso a condição de vulneráveis.

As relações de consumo são bilaterais, pressupondo numa ponta o fornecedor – que pode tomar a forma de fabricante, produtor, importador, comerciante e prestador de serviço –, aquele que se dispõe a fornecer bens e serviços a terceiros, e, na outra ponta, o consumidor, aquele subordinado às condições e aos interesses impostos pelo titular dos bens ou serviços, no atendimento de suas necessidades de consumo. Além disso, as relações de consumo são dinâmicas, uma vez que, contingenciadas pela própria existência humana, nascem, crescem e evoluem, representado, com precisão, o momento histórico em que estão situados (ALMEIDA, 2008, p. 1).

As regras consumeristas são de ordem pública e interesse social, inclusive a defesa do consumidor é prevista constitucionalmente, conforme se depreende do extraído do artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor, onde consta sua fundamentação nos artigos 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias (BRASIL, 1990).

Tal importância é merecida, pois o consumo é o único fim e propósito de toda a produção; e o que é interessante para o produtor deve ser atendido

apenas até certo ponto, apenas, em que seja necessário para promover o do consumidor, considerando que esse merece destaque na cadeia de consumo, sendo que tal máxima é tão perfeitamente evidente por si mesma, que seria absurdo tentar prova-la, conquanto no sistema mercantilista, o interesse do consumidor seja quase que constantemente sacrificado pelo produtor; e ele parece considerar a produção, e não o consumo, como o fim último e objeto de toda a indústria e comércio, o que não parece ser a opção adequada (FILOMENO, 2012).

Importante salientar que Constituição dá um novo enfoque ao direito privado, e acaba funcionando como centro irradiador e marco de reconstrução de um direito privado brasileiro mais social e preocupado com os vulneráveis, sendo a Constituição a garantia e o limite de um direito privado construído sob seus valores, transformando o direito privado em um “direito privado solidário” (GARCIA, 2006, p. 3).

Cabe atender, ainda, que tutela de proteção ao consumidor não surgiu aleatória e espontaneamente, ela adveio de uma reação a um quadro social, reconhecidamente concreto, em que se vislumbrou a posição de inferioridade do consumidor em face do poder econômico do fornecedor, bem como a insuficiência dos esquemas tradicionais do direito substancial e processual, que já não mais tutelavam novos interesses identificados como individualista-liberal para assumir um papel social mais intenso, intervindo na economia para garantir os direitos e interesses dos consumidores. A tutela surge e se justifica, enfim, pela busca do equilíbrio entre as partes envolvida (ALMEIDA, 2008).

A primeira justificativa para o surgimento da tutela do consumidor está assentada no reconhecimento de sua vulnerabilidade nas relações de consumo. A vulnerabilidade trata-se da espinha dorsal do movimento, sua inspiração central, base de toda a sua filosófica, pois, se a *contrario sensu*, admite-se que o consumidor está cômico de seus direitos e deveres,

informado e educado para o consumo, atuando de igual para igual em relação ao fornecedor, então a tutela não se justificaria (ALMEIDA, 2008).

Portanto, o consumidor apenas é protegido pela lei, com mando constitucional, conforme já visto anteriormente, pois o Estado o considera pessoa mais fraca na relação de consumo, e de fato, na generalidade o é, pois as empresas têm mais condições de ter acesso à informação aos produtos que comercializam, assim como têm, em sua grande maioria, maiores condições econômicas e informativas do que o consumidor.

O CDC afirma que o “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (BRASIL, 1990).

Entende-se que consumidor, abstraídas todas as conotações de ordem filosófica, econômica, psicológica ou sociológica, e concentrando-nos basicamente na acepção jurídica, é qualquer pessoa física ou jurídica que contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou utilização de produto, bem como a prestação de serviços. Além disso, há que se equiparar a consumidor a coletividade que, potencialmente, esteja sujeita, exposta ou propensa à referida contratação, bem como as vítimas de evento danoso (FILOMENO, 2012).

Daí já se entende que o consumidor não é apenas quem compra o bem, mas pode ser também quem o ganha, pode ele ser também pessoa jurídica, desde que utilize o produto como destinatário final e, interesse ponto a se destacar é que a locação de bens, como bem apontado, também se insere na relação de consumo.

Extrai-se também que

[...] todo aquele que, para seu uso pessoal, de sua família, ou dos que se subordinam por vinculação doméstica ou protética ele, adquire ou utiliza produtos, serviços ou quaisquer outros bens ou informação colocados à sua disposição por comerciantes ou por qualquer outra pessoa natural ou jurídica, no curso de

sua atividade ou conhecimento profissionais (BEIJAMIN *apud* ALMEIDA, 2008).

Vale lembrar que não se trata apenas de adquirir, mas também de utilizar o produto ou serviço, ainda quando quem o utiliza não o tenha adquirido. Isto é, a norma define como consumidor tanto quem efetivamente adquiri (obtem) o produto ou o serviço como aquele que, não o tendo adquirido, utiliza-o ou o consome (NUNES, 2012).

Filomeno (2012) ainda informa que a conceituação de consumidor pode ser vista de três pontos, do ponto de vista psicológico, onde se considera consumidor o sujeito sobre o qual se estudam as reações a fim de se individualizar os critérios para a produção e as motivações internas que o levam ao consumo; do ponto de vista sociológico, onde é considerado consumidor qualquer indivíduo que frui ou se utiliza de bens e serviços, mas pertencente a uma determinada categoria ou classe social; e por fim do ponto de vista literário e filosófico, em que consumidor é considerado homem consumidor, condenado a viver numa sociedade opressora, voltada exclusivamente para a produção e distribuição de todos os valores com que lhe acena a sociedade produtora-consumista.

Assim, constata-se que o conceito de consumidor não é uma simples acepção jurídica, que fora colocada de maneira aleatória na lei, pois para ser caracterizado o consumidor, fora necessário o estudo em várias pontes, o que levou até o conceito que se tem atualmente, conceito esse que é de fundamental importância para o estudo proposto, considerando que não teria como se analisar a relação de consumo dentro dos contratos de locação imobiliária sem antes conceituar consumidor, pois, se a pessoa que aluga um apartamento, tanto como locador ou locatário, necessita estar dentro dos padrões nesse tópico demonstrados sob pena de não ser considerado consumidor.

Diferentemente do que acontece ao consumidor, conceituar fornecedor mostra-se uma tarefa muito mais fácil, pois existem poucas discussões doutrinárias do que seria um fornecedor de um produto ou serviço. O artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) expõe que

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Cumprido dizer que

[...] Não há exclusão alguma do tipo de pessoa jurídica, já que o CDC é genérico e busca atingir todo e qualquer modelo. São fornecedores as pessoas jurídicas públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, com sede ou não no País, as sociedades anônimas, as por quotas de responsabilidade limitada, as sociedades civis, com ou sem fins lucrativos, as fundações, as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as autarquias, os órgãos da Administração direta etc. (NUNES, 2012, p. 13).

Portanto, não importa a modalidade de pessoa jurídica, todas são consideradas fornecedores, desde que desenvolvam algumas daquelas atividades prevista no artigo 3º do CDC, citado acima, e mais, até mesmo os órgãos públicos, estes entes despersonalizados, são considerados fornecedores.

Outro fator importante é o fato de que para ser considerado fornecedor, não há a necessidade de realizar a venda de produtos, ou até mesmo auferir algum lucro com a distribuição do produto, pois até mesmo empresas sem fins lucrativos podem ser consideradas fornecedoras. Para ser considerado fornecedor, basta então apenas cumprir dois requisitos básicos: a) produção, intermediação ou venda; e b) habitualidade (SCAVONE JUNIOR, 2015). Insta dizer que o termo fornecedor é gênero, do qual fabricante, produtor, construtor, importador e comerciante são espécies (NUNES, 2012).

Existe ainda a figura do fornecedor equiparado, considerado como

[...] aquele terceiro na relação de consumo, um terceiro apenas intermediário ou ajudante da relação de consumo principal, mas que atua frente a um consumidor (aquele que tem seus dados cadastrados como mau pagador e não efetuou sequer uma compra) ou a um grupo de consumidores (por exemplo, um grupo formado por uma relação de consumo principal, como a de seguro de vida em grupo organizado pelo empregador e pago por este), como se fornecedor fosse (comunica o registro no banco de dados, comunica que é estipulante no seguro de vida etc.) (BOLZAN *apud* MARQUES, 2006, p. 158).

Assim, um intermediário de uma relação pode também ser reconhecido como fornecedor, aplicando-se o CDC também a ele.

Visto o que seria fornecedor e consumidor, os quais são os elementos subjetivos para a existência da relação de consumo, resta agora, sucintamente, extrair o conceito de produto e de serviço, sendo esses os elementos objetivos da relação.

Como feito ao conceito de consumidor e fornecedor, o legislador também se preocupou em conceituar no CDC o que seria produto e serviço, nos parágrafos do artigo 3º, onde é dito que “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”, já serviço pode ser considerada “[...] qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista” (BRASIL, 1990).

Da lei, portanto, extrai-se duas observações bem importantes, a primeira delas é que, no que tange aos serviços, esses têm de ser remunerados; e a outra, é que nas relações de trabalho e emprego não há como ser considerada a relação de consumo.

O produto, dessa forma, pode ser definido como qualquer bem consumível fisicamente ou não, móvel ou imóvel, novo ou usado, material ou imaterial, fungível ou infungível, principal ou acessório (BOLZAN *apud*

MARQUES, 2006, p. 162). Assim, o produto ou bem, pode ser até mesmo utilizado, usado, não havendo a necessidade que o produto seja novo, portanto, a venda de imóveis utilizados, desde que o vendedor se encaixe no conceito de fornecedor e o adquirente na condição consumidor, perfeitamente se encaixa na relação de consumo.

Insta dizer, ainda, que ao contrário no que se diz para o serviço, o produto não precisa ter contraprestação monetária, razão pela qual, mesmo amostras grátis podem ser consideradas como produto.

Sobre a contraprestação do serviço há alguns detalhes que devem ser analisados, pois, quase sempre algum custo é repassado ao consumidor, por isso é muito difícil da realização do serviço sem receber nada em troca, inclusive se esse valor for referente aos custos gastos pelo prestador de serviço.

Por isso é que se pode e se deve classificar remuneração como repasse de custos direta ou indiretamente cobrados. No que respeita à cobrança indireta, inclusive, destaque-se que ela pode nem estar ligada ao consumidor beneficiário da suposta 'gratuidade'. No caso do cafezinho grátis, pode-se entender que seu custo está embutido na refeição haurida pelo próprio consumidor que dele se beneficiou. No estacionamento grátis no shopping, o beneficiário pode não adquirir qualquer produto e ainda assim tem-se de falar em custo. Nesse caso é outro consumidor que paga, ou melhor, são todos os outros consumidores que pagam (NUNES, 2012, p. 151).

Dessa forma, resta muito difícil a prestação de serviços sem que haja remuneração, pois como dito, mesmo que seja como forma de restituição de custos tidos, isso já será considerado uma espécie de remuneração.

## 2.2 O CONTRATO DE LOCAÇÃO E A LEI DE LOCAÇÕES

A Lei 8.245/1991 rege as locações e logo em seu artigo 1º define seu objeto, excluindo imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos

Municípios, assim como dos demais da administração direta e indireta; de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos; de espaços destinados à publicidade, como outdoors; e as de *apart-hotéis*, hotéis-residência ou equiparados, sendo estes considerados aqueles que prestam serviços regulares a seus usuários e como tais autorizados a funcionar; e ainda os arrendamentos mercantis (BRASIL, 1991), alguns desses já caracterizados como relação de consumo e com aplicação do CDC.

Maria Helena Diniz (2012, p. 31) relata que

*A locação de imóvel urbano* regida pela Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991, ora em vigor (CC, 2.036), é o contrato pelo qual uma das partes (locador), mediante remuneração paga pela outra (locatária), se compromete a fornecer-lhe, durante certo lapso de tempo, determinado ou não, o uso e gozo de imóvel destinado à habitação, à temporada ou à atividade empresarial. Se o prédio locado tiver por finalidade a exploração agrícola ou pecuária, ter-se-á locação de prédio rústico (moinho de água e vendo, curral, galpão, engenho, terreno destinado à lavoura, celeiro, paiol, etc.), regida subsidiariamente pelo Código Civil e pelo Estatuto da Terra.

Sobre os prédios urbanos, vale ressaltar que esses são assim considerados, independentemente de sua localização, desde que se destinem à moradia, ao comércio, à indústria, à educação, à saúde, ao lazer, à cultura, ao entretenimento, ao esporte, e qualquer outra atividade que não seja considerada agrícola (SANTOS, 2010).

Por sua vez, para ser considerado prédio rústico, também não deve ser levada em conta a localização do imóvel, pois, mesmo que este esteja em região considerada de perímetro urbano, valendo assim, para classificar tal tipo de imóvel a utilidade a que esse se destina, assim, desde que seja utilizado para à cultura agrícola ou à plantação de qualquer coisa, como hortaliças, árvores frutíferas (SANTOS, 2010).

Importante salientar que a locação sempre deve ser onerosa, ou seja, sempre deve haver um pagamento pelo aluguel do imóvel, caso contrário, não se tratará de locação, mas sim de comodato.

Verifica-se, dessa forma que as partes no contrato de locação são denominadas de locador e locatário, sendo o Locador aquele que tem o imóvel a sua disposição para alugar, tendo sua propriedade, ou outro direito real que lhe dê direito de tal conduta realizar, como usufruto, por exemplo, e o Locatário é quem aluga o imóvel para sua moradia, ou para fins comerciais, sendo que, em razão desse direito que lhe é dado – morar, ou usar para fins comerciais – remunera o locador.

Dessa maneira, fica claro que na relação de locação de imóveis, quem aluga o imóvel é então denominado locador, já quem o recebe para uso em razão da contraprestação monetária é o locatário, configurando-se, assim, um contrato bilateral.

Outro fator importante, é o fato de que o contrato de locação não necessita de formalidade, pois pode ser celebrado até mesmo verbalmente, desde que estipulado o imóvel que será alugado e o preço que será pago por ele, sendo que, até mesmo o tempo que o imóvel será alugado não precisa ser estipulado, razão pela qual o contrato de locação pode ser de tempo determinado ou indeterminado, e cada um deles terá suas peculiaridades, de acordo com a Lei 8.245/1991.

Resta salientar que, todas as peculiaridades do contrato de locação não serão aqui tratadas, pois, não é objetivo do presente estudo, pois, feito o apanhado geral do que seria a relação de consumo, assim como o que se trata a locações de imóveis, resta agora trazer se à esta relação do inquilinato, também é aplicada a relação de consumo.

## 2.3 RELAÇÃO DE CONSUMO NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO

Os efeitos práticos do reconhecimento da relação de consumo nos contratos de locação, proporcionariam diversas modificações nessa relação, pois, o Código de Defesa do Consumidor prevê diversas peculiaridades para proteger a parte vulnerável da relação, ou seja, o consumidor, como a inversão do ônus da prova (art. 6) (BRASIL, 1990) a responsabilidade objetiva por vício do produto e do serviço (arts. 18 a 25) (BRASIL, 1990), assim como as práticas comerciais que devem ser adotadas na relação de consumo, e também prevê práticas abusivas, como a multa decorrente do descumprimento do contrato, que no caso do CDC não podem ser superiores a 2% do valor do débito, enquanto, o que se vê na prática das locações, tal multa sempre gira em torno de 10%, isso quando não prevista a multa de três alugueres.

Retirando os terceiros interessados, como fiadores, do contrato de locação, existem três situações que devem ter a aplicação do CDC ou não, sendo eles: contrato de prestação de serviço entre o locador e a imobiliária; contrato entre o locador e o locatário diretamente; e a responsabilidade da imobiliária perante o locatário.

Em todas essas relações, caso sejam identificados os elementos da relação de consumo acima apontados, será imperioso reconhecer a aplicação do CDC, norma de ordem pública e interesse social.

Tal aplicação não exclui a Lei de Locações, mas, sim, reconhece a coexistência das regras e sua aplicação conjunta, afastando-se dos critérios hermenêuticos clássicos.

Diante da complexidade da sociedade contemporânea, já não se pode entender a aplicação das regras pelo modelo da mera subsunção (AVILA,

1997), e nem pela antigas regras da especialidade ou da anterioridade trazidas pela Lei de Introdução, seja na sua versão original como introdução ao Código Civil, seja modificada como introdutória às normas do direito brasileiro<sup>1</sup>. Deve-se perceber que inúmeras questões não se encaixam perfeitamente nos suportes fáticos existentes (ENGELMANN, 2011) necessitam de uma regulação e, mormente, de uma resposta quando é posta sob a análise do Judiciário. Assim, o sistema tradicional das fontes e da interpretação não mais atende aos pressupostos exigidos por essa nova realidade.

Perlingieri (2008) ao discutir a complexidade e o caráter unitário do ordenamento jurídico, critica a divisão exagerada do Direito em inúmeras especialidades e microssistemas. Alega que a especialidade demasiada faz que o jurista perca a noção unitária do ordenamento e não identifique claramente o sistema do pluralismo de fontes. Sem negar a posição de centralidade da Constituição e seus princípios, o autor identifica no sistema de pluralismo das fontes uma saída eficaz para a concretização do Direito a partir dos valores constitucionais e não apenas na atividade subsuntiva como explicitado acima. Defende, portanto, a unidade do ordenamento, seja pela criação legislativa, pela aplicação jurisprudencial ou pelo contexto social. Mas ao mesmo tempo entende que o pluralismo do sistema de fontes deve sempre ter a Constituição como coluna vertebral, daí se falar em diálogo das fontes.

O “diálogo das fontes” significa, que decisões de casos da vida complexos são hoje o somar, o aplicar conjuntamente, de várias fontes (Constituição, Direitos Humanos, direito supranacional e direito nacional). Hoje não mais existe uma fixa determinação de ordem entre as fontes, mas uma cumulação destas, um aplicar lado a lado. Destaca-se portanto, um novo modo de pensar o direito na realidade, não mais estático, mas sim dinâmico e voltado ao caso, utilizando as fontes do direito “lado a lado”.

---

<sup>1</sup> Decreto-lei 4657/1942.

Nessa linha, pelas lições do mesmo jurista, Marques (2012) trouxe ao sistema brasileiro que se caracteriza por um método que preceitua a aplicação simultânea, coerente e coordenada de várias leis afastando os antigos critérios da anterioridade, especialidade ou hierarquia.

Miragem (2012, p. 72) explica que

[...] frente à complexidade dos fatos sociais e das fontes normativas que os regulam total ou parcialmente – porém simultaneamente – é que se exige método de solução de antinomias não afetas ao paradigma de mera validade formal do direito, mas que se estabeleçam a partir de uma interpretação da norma jurídica que não se oriente apenas pelo critério da compatibilidade/não contrariedade entre normas, mas pelo caráter valorativo e promocional do direito.

O citado método parte do pressuposto que leis gerais e especiais, bem como leis nacionais e internacionais possam ser utilizadas ao mesmo tempo, numa coordenação e aplicação simultânea (MIRAGEM, 2012), para solucionar uma lide, sem que haja revogação expressa ou tácita de uma pela outra. Trata-se de um método de teoria geral do Direito que parte do pressuposto da unidade do sistema (MARQUES, 2012).

A partir da ideia de pluralismo pós-moderno, afirma Marques (2012, p. 32-33) que o diálogo se apresenta de três modos distintos, mas sempre tendo em vista princípios e regras constitucionais numa interpretação conforme a Constituição: diálogo sistemático de coerência; de subsidiariedade e complementariedade; e de adaptação ou coordenação. O primeiro nasce da aplicação de uma lei central e de um microsistema ao mesmo tempo – servindo uma lei de “base conceitual” para a outra. O segundo, quando uma lei complementa a outra, seja pelas normas, princípios ou cláusulas gerais. E o terceiro parte da aplicação conjunta de duas regras, sendo uma influenciada pela outra e vice-versa. A ideia é fazer com que as leis sejam aplicadas conjuntamente procurando eficiência “funcional do sistema plural e complexo de nosso Direito contemporâneo”.

Miragem (2012, p. 78-80) amplia o diálogo das fontes para outras áreas, para além do direito internacional das primeiras lições, e entre o Direito Civil e do Consumidor, tal como previsto por Marques, pois entende-o como “um método de interpretação sistemático, e que deve ser compreendido segundo as premissas do pensamento sistemáticos do direito” e que propõe “uma interpretação orientada por fundamentos axiológicos, com vista ao atendimento da finalidade de realização dos direitos fundamentais expressos na Constituição Federal”.

Exatamente com a mesma visão Perlingieri (2008, p. 3-4), que considera a unidade do ordenamento, quando trata da interpretação ensina que deve ser realizada em dois vetores: sistemático e axiológico. O primeiro “exige que o ordenamento seja interpretado em sua unidade”, ao passo que o segundo pressupõe que a interpretação leve em conta não só o valor da lei, mas também os valores constitucionais, internacionais, comunitários, permitindo que a resolução da lide seja uma construção legítima na visão do ordenamento como um todo. Reconhecer o pluralismo das fontes do Direito é inegável, e vislumbrar que a tradição constantemente modifica interpretações e até mesmo a própria lei, faz com que se privilegie uma interpretação conforme os valores constitucionais, ao lado da historicidade (STRECK, 2011) e da experiência.

Tepedino (2009, p. 29) alerta que não se pode “confundir a pluralidade de fontes normativas com os denominados microssistemas”. Anui com a posição de Perlingieri (2008) no que se refere à unidade do sistema, defendendo a complexidade do mesmo e aquiescendo que sua formação depende de elementos normativos, tais como as leis, bem como de elementos sociais, já que considera como relevantes os valores sociais, bem como “as matizes culturais, informadas por valores historicamente determinados, presentes no seio social” (TEPEDINO, 2009, p. 30).

Portanto, entende-se que o sistema de fontes é plural, composto por normas, regras, princípios, costumes, tratados internacionais, etc., e não se pode limitar o diálogo apenas entre as regras positivadas, tal como proposto por Marques. Deve-se ir além.

Para Perlingieri (2008, p. 9)

[...] o conjunto de princípios e de regras destinado a ordenar a coexistência constitui o aspecto normativo do fenômeno social: regras e princípios interdependentes e essenciais, elementos de um conjunto unitário e predisposto, que pode ser definido, pela sua função, como 'ordenamento' (jurídico), e, pela sua natureza de componente de estrutura social como 'realidade normativa'.

A proposta de Miragem (2012, p. 72) segue tais premissas e vai além da aplicação simultânea das regras positivadas e propõe a complementariedade das normas sob orientação constitucional. Resume o diálogo das fontes como uma

[...] espécie de interpretação sistemática, fundado na unidade do ordenamento e supremacia da Constituição, cuja contribuição original resulta da diretriz de compatibilização de normas e sua aplicação simultânea ao caso, sob o signo da complementariedade.

Evidencia-se portanto na proposição de Miragem uma maior abertura do diálogo para outras áreas do direito, não se restringindo ao civil-consumidor, mas também abrangendo outras hipóteses tal como aqui analisado, partindo da concomitância entre CDC e Lei de Locações.

### **2.3.1 A possibilidade de reconhecimento da relação de consumo nos contratos imobiliários locatícios**

O contrato firmado entre os proprietários de imóveis e imobiliárias, pode consistir numa relação de consumo e demandar a aplicação conjunta do

CDC e Lei de Locações. Trata-se de um instrumento de prestação de serviços, pelo qual as imobiliárias assumem o papel de divulgar o imóvel objeto da locação, aproximem o locatário, assim como formulem o contrato de locação, e façam toda a intermediação entre locador e locatário, sendo que, por muitas vezes, sequer o locador chega a conhecer o locatário, pois o tratamento de ambos é realizado diretamente por essa prestadora de serviço especializado, sendo tal contrato denominado de contrato de administração de imóvel.

Sobre tal relação contratual, assim como no que diz respeito à aplicação do CDC nesses casos, colhe-se o seguinte comentário:

O proprietário, que coloca o imóvel seu sob a administração da imobiliária, não pode ser caracterizado como consumidor *stricto sensu*, pois não é destinatário final econômico. O bem está sendo, na verdade, colocado para render frutos civis, aluguéis – logo o proprietário, futuro locador, age como produtor, como fornecedor. Da mesma maneira, a sociedade imobiliária é fornecedora e o contrato entre eles está, em princípio, excluído do campo de aplicação do CDC. A exceção poderá ser aceita pela jurisprudência, se o proprietário, que coloca o imóvel a administração pela imobiliária, for de alguma forma 'vulnerável' segundo os princípios do CDC, merece a tutela especial da nova lei. Como se trata, geralmente, de contrato de adesão e com cláusulas caracterizadamente unilaterais, a hipótese de exceção poderá efetivamente acontecer, principalmente com pessoas que só possuem um imóvel para alugar ou que de alguma forma especial são vulneráveis às práticas da imobiliária-fornecedor (MARQUES, 2006, p. 429).

Dessa forma, o CDC deve incidir juntamente com a lei específica quando se constatar a vulnerabilidade do locador, tal como preceitua a teoria finalista aprofundada ao conceituar o consumidor. O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou nesse sentido quando o Ministro Ricardo Villas Boas Cueva informou em voto de recurso especial que sob qualquer ângulo que se examine a questão da contratação de imobiliária para administração de imóveis, o contratante trata-se de destinatário final do serviço, sendo inegavelmente considerando consumidor, mesmo porque a contratação da imobiliária se faz por contrato de adesão de um serviço especializado e

complexo, não havendo como afastar a condição de vulnerável do contratante (BRASIL, 2013) e recentemente a Ministra Nanci Andrihgl (BRASIL, 2020) reconheceu a relação de consumo em caso semelhante. Não diferentemente já entendeu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (SANTA CATARINA, 2015), que assim se manifestou no mesmo sentido.

Portanto, embora haja certa relutância da doutrina em especificar todos os contratos de administração de imóveis como de natureza consumerista, este não parece ser o entendimento dos tribunais superiores, sendo o tema, portanto, praticamente que superado pela jurisprudência.

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de locação realizados diretamente entre o locador e o locatário, é em bem discutida pelos tribunais, onde se constata que o entendimento majoritário é pela não aplicação, no entanto, tal entendimento, ao contrário do que acontece com o contrato de administração de imóveis, vêm sendo modificado.

Cláudia Lima Marques (2006, p. 430-432) relata que ao contrato de locação deve ser aplicado o CDC, e cita importante exemplo, que merece ser transcrito:

[...] Assim, a viúva que possui dois imóveis e coloca um para alugar, através de uma imobiliária, é fornecedora em relação ao consumidor, e o contrato de locação elaborado pela imobiliária está sob o regime de equidade e boa-fé do CDC. Note-se que, se há participação de imobiliárias e pluralidade de relações, o STJ concorda em que a relação é de consumo e em que interesses coletivos estão em jogo, reconhecendo a legitimidade do Ministério Público para propor ações contra as taxas de intermediação cobradas pelas imobiliárias. Também outras relações conexas à locação são consideradas de consumo. A hipótese contrária pode parecer inequitativa, quando a mesma viúva aluga para a família de um advogado, através de contrato individual, sem participação da imobiliária, seu segundo imóvel. Mesmo neste caso, a viúva é fornecedora, e ao contrato se aplicam as normas do CDC, mas nota-se que as regras do CDC visam apenas o reequilíbrio do contrato, a equidade, a justiça contratual, a qual não será, em última análise, prejudicial à fornecedora.

Portanto, para a autora, ao contrato de locação deve ser aplicado o CDC, tanto no caso que ele seja intermediado por uma imobiliária, assim como no caso de ser realizado apenas entre particulares.

O Tribunal de Santa Catarina (SANTA CATARINA, 2009) entendeu de maneira diversa em um caso que a cláusula penal era discutida, sendo que estava sendo cobrada 10%, está que era prevista no contrato, e o locatário/consumidor, pleiteava sua diminuição para 2%, conforme os ditames do CDC, no entanto, seu pleito não fora concedido. Não diferente foi o entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (SANTA CATARINA, 2008) no caso de uma ação de cobrança de alugueres, o locatário também arguiu pela aplicação do CDC, a qual também foi negada, fundamentando-se, basicamente, a decisão em entendimentos do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido, assim como na incidência específica da Lei de Locações, e também por não existir na relação locador-locatário a existência de consumidor e fornecedor.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais (MINAS GERAIS, 2003) e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal (DISTRITO FEDERAL, 2014), no entanto, já decidiram de maneira diversa, reconhecendo a relação de consumo em casos semelhantes.

No caso do entendimento de aplicação do CDC nas relações de locação, ainda se discutiria a responsabilidade da imobiliária em tal relação, considerando que ela seria um agente intermediador, o Tribunal de Justiça do Paraná (PARANÁ, 2015) também reconheceu a relação de consumo.

Dessa forma, verifica-se que o entendimento recente no sentido de aplicação do CDC é estendido à imobiliária como responsável na cadeia de consumo, e, no caso acima suscitado, inclusive para manutenção do imóvel locado.

Desta forma, percebe-se uma evolução da jurisprudência brasileira ao reconhecer a relação de consumo nos contratos locatícios, especialmente quando intermediado por imobiliárias.

### 3 CONCLUSÃO

A abrangência do Código de Defesa do Consumidor e o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor são uma realidade no cenário jurídico brasileiro, e sua extensão aos contratos imobiliários locatícios tem se demonstrado uma tendência na jurisprudência nacional.

O objetivo geral do estudo foi atingido e a hipótese confirmada, na medida em que, após a identificação da relação de consumo em contratos imobiliários, é possível proceder a aplicação conjunta do CDC e da Lei de Locações, num verdadeiro diálogo das fontes. Os contratos de prestação de serviços firmados com as imobiliárias, na relação locatícia, apresentam a vulnerabilidade do locador e do locatário, e, por isso, demandam a aplicação conjunta das duas regras.

É possível constatar que o Poder Judiciário brasileiro segue no sentido de reconhecer a relação de consumo em algumas situações locatícias e, por mais que haja uma resistência nesse sentido, já se identifica julgamentos do STJ que apontam a existência da relação de consumo e a consequente aplicação no CDC.

Isso não significa, contudo, o afastamento absoluto da Lei de Locações, específica sobre o tema, já que se pretende uma aplicação conjunta e simultânea das leis, num verdadeiro diálogo das fontes.

#### REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

AVILA, Humberto Bergman. Subsunção e concreção na aplicação do direito. *In*: MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz. (org.). **Faculdade de Direito: o ensino jurídico no limiar do novo século**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm). Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991.** Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8245.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm). Acesso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 509.304/PR.** 2003/0034681-0. Min. rel. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em 16 maio 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23305724/recurso-especial-resp-509304-pr-2003-0034681-0-stj/inteiro-teor-23305725>. Acesso em 20 mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.846.331/DF.** Min. Rel. Nancy Andrighi. Julgado em 10 mar. 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/857230212/recurso-especial-resp-1846331-df-2019-0327081-7/inteiro-teor-857230222?ref=juris-tabs>. Acesso em: 20 mar. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de locações de imóveis urbanos comentada:** (Lei n. 8245, de 18-10-1991). 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Federal. **ACJ: 20140110166138 DF 0016613-38.2014.8.07.0001.** Relator: Leandro Borges de Figueiredo. Data de Julgamento: 09/09/2014, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF. Data de Publicação: Publicado no DJE: 16 set. 2014.

ENGELMANN, Wilson. A (re)leitura da teoria do fato jurídico à luz do “diálogo entre as fontes do direito”: abrindo espaços no Direito Privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. (orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica:** anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor:** doutrina, jurisprudência e aspectos práticos, índice remissivo. 11. ed. rev. ampl., sistematizada e atual. de acordo com o código civil de 2002 e leis subseqüentes. São Paulo: Atlas, 2012.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor**: código comentado, jurisprudência, questões. 2. ed., rev., ampl. e atual. com jurisprudência e informativos do STJ e STF. Niterói, RJ: Impetus, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. *In*: MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 2002.011861-3**. Relator: Des. Paulo Alfeu Puccinelli. Data de Julgamento: 13 ago. 2003. 3ª Turma Cível. Disponível em: <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3800383/apelacao-civel-ac-11861/inteiro-teor-11984668?ref=juris-tabs>. Acesso em: 28 mar. 2020.

MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove*: Diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. *In*: MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo das fontes**: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível nº 0038124-53.2012.8.16.0182/0. Relator: Eveline Zanoni de Andrade. Data de Julgamento: 02/03/2015. 1ª Turma Recursal. Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/172144409/processo-civel-e-do-trabalho-recursos-recurso-inominado-ri-3812453201281601820-pr-0038124-5320128160182-0-acordao>. Acesso em: 28 mar. 2020.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do Direito Civil na legalidade constitucional. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito civil contemporâneo**: novos problemas à luz

da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 2005.018438-7 de Joinville**. Rel. Des. Victor Ferreira. Julgado em: 22 out. 2009. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/943568557/apelacao-apl-129506920098240038-joinville-0012950-6920098240038/inteiro-teor-943568608>. Acesso em: 30 mar. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 2007.038291-0 de Lages**. Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben. Julgado em: 24 jul. 2008. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5098936/apelacao-civel-ac-200404-sc-2002020040-4/inteiro-teor-11581780?ref=amp>. Acesso em: 30 mar. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 2012.085544-0 de Joinville**. Rel. Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior. Julgado em: 3 mar. 2015. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1107742515/agravo-de-instrumento-ai-323487220168240000-imituba-0032348-7220168240000/inteiro-teor-1107742599>. Acesso em: 30 mar. 2020.

SANTOS, Gildo dos. **Locação e despejo**: comentários à Lei 8.245-91. 6. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a Lei 12.112/2009, que modificou a Lei de locações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Direito imobiliário**: teoria e prática. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil** – Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.



# O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E SUA RECEPÇÃO NO DIREITO FRANCÊS

Rosalice Fidalgo Pinheiro  
Jones Leo Santos

## RESUMO

A presente pesquisa tem como escopo a recepção do princípio da boa-fé no direito francês. Positivada desde 1804 no artigo 1134, alínea 3, do Código de Napoleão, as potencialidades da boa-fé obrigacional como fonte de novos deveres aos contratantes se viu aniquilada, em virtude de dois fatores: o primeiro, a falta de uma parte geral no Código Civil, que suscitava dificuldades de se estabelecer conexões sistemático-dedutivas entre as partes do texto; o segundo, a herança deixada ao princípio pelo direito canônico e, sobretudo, o papel assumido pela Escola da Exegese e da Jurisprudência dos Conceitos na racionalidade do sistema jurídico francês de então, ensejando o triunfo do princípio da autonomia da vontade na *ratio* do *Code*, legando à boa-fé o papel de simples norma de interpretação e execução da vontade contratual. Considerando o papel da doutrina e da jurisprudência no desenho desta concepção de boa-fé, buscou-se indagar se ele ainda permanece no direito francês ou se este deixou-se influenciar pelas potencialidades do princípio, inscritas pelo direito alemão. Para tanto, realizou-se uma pesquisa nos artigos publicados sobre o tema pela *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, desde o seu primeiro volume, em 1902, até a reforma da parte de Contratos, ocorrida em 2016, como o propósito de verificar o desenvolvimento doutrinário daquele princípio, utilizando-se do método dedutivo. Dessa pesquisa, percebeu-se um cenário de rupturas: a primeira, na década de noventa do século XX, quando a jurisprudência e a doutrina passaram a admitir a boa-fé na sua acepção objetiva, tendo o condão de impor determinados deveres laterais aos contratantes, mesmo quando não pactuados expressamente no contrato, tais como o dever de cooperação, de informação e lealdade; a segunda, por ocasião da reforma do direito dos contratos, em 2016, quando a boa-fé objetiva foi, enfim, reconhecida como princípio basilar do direito dos contratos, ao lado da

liberdade contratual e da força obrigatória dos contratos, passando a mediar a relação entre autonomia da vontade e justiça contratual.

**Palavras-chave:** Contratos. Boa-fé. Direito comparado.

## **ABSTRACT**

*This research aims to comprehend the principle of good faith in French law. Provided for in article 1134, paragraph 3, of the Napoleonic Code (1804), the potential of good faith as a source of new duties to contracting parties was annihilated, due to two factors: the first, the lack of a general part in the french civil code, which gave rise to difficulties in establishing systematic-deductive connections between the parts of the text; the second, the legacy left by canon law and, above all, the role assumed by the exegetical method and Jurisprudence of Concepts in the rationality of the French legal system at the time, giving rise to the triumph of the principle of party autonomy in the Code's ratio, bequeathing to good faith the role of a simple rule of interpretation and execution of the contractual will. Considering the role of the scholarships and jurisprudence in the design of this concept of good faith, we sought to ask whether it still remains under French law or whether it was influenced by the potentialities of the principle, inscribed by German law. For this purpose, a research was made using the articles published on the subject by the Revue Trimestrielle de Droit Civil, from its first volume, in 1902, to the reform of the Contracts section, which took place in 2016, with the purpose of verifying the scholarship development of that principle, using deductive method. From this research, a scenario of ruptures was noticed: the first, in the nineties of the twentieth century, when jurisprudence and scholars started to admit good faith in its objective sense, being able to impose certain lateral duties on the contracting parties, even when not expressly agreed in the contract, such as the duty of cooperation, information and loyalty; the second, on the occasion of the contract law reform, in 2016, when good faith was finally recognized as the basic principle of contract law, alongside freedom of contract and the mandatory force of contracts, beginning to mediate the relationship between party autonomy and contractual justice.*

**Keywords:** Contracts. Good faith. Comparative law.

# 1 INTRODUÇÃO

Definida, por vezes, como “*un mer sans rivages*”, “*lumière qui scintille sur l’océan du droit*” ou como um “*alligator qui vit indifféremment sur la terre ou dans l’eau*”<sup>1</sup>, a boa-fé no direito francês foi, por muito tempo, fonte de indefinição de seu conteúdo e, ao mesmo tempo, de discussões doutrinárias importantes.

No Código de Napoleão, de 1804, a boa-fé foi expressamente citada no art. 1134, al. 3, muitos anos antes do *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, que também viria a consagrar a boa-fé, no seu parágrafo 242. No entanto, ao contrário do desenvolvimento notável que a boa-fé vivenciou no cenário jurídico alemão, a boa-fé francesa não logrou êxito na sua aplicação, sendo classificada como mero preceito moral, sem nenhum alcance prático.

Sob forte influência do direito canônico, que havia tomado a boa-fé como “ausência de pecado” e reservado o seu emprego à *praescriptio* e institutos afins, operando-se uma subjetivação revelada por um estado de consciência individual, a boa-fé francesa se revestiu da mesma subjetivação quando da tentativa de se construir seu perfil dogmático na modernidade.

Somada ao influxo legado pelo direito canônico, a subjetivação sofrida pela boa-fé teve, do mesmo modo, a contribuição determinante dos preceitos da Escola da Exegese e da Jurisprudência dos Conceitos, as quais imperavam na racionalidade jurídica do direito francês de então. O caráter positivista postulado pela Exegese acabou por destruir as potencialidades da boa-fé, que passou a ser considerada como uma regra moral, não alcançando a lei civil.

<sup>1</sup> “Um mar sem margens”, “farol que brilha sobre o oceano do direito” e “aligátor que vive indiferentemente na terra e na água”, respectivamente. Tradução livre.

Ademais, a boa-fé foi absorvida pelo novo princípio supremo do Code: o princípio da autonomia da vontade; e essa absorção teve como principal consequência a transformação da boa-fé em norma de execução e interpretação da vontade contratual.

Por muitos anos, a aplicação da boa-fé verificada no direito francês foi a *subjetiva*, produto dessa racionalidade jurídica positivista, exteriorizada nas situações em que o sujeito desconhece a real situação jurídica em que se encontra, sendo muito aplicada no campo do direito possessório e de família. Contudo, no final do século XX, constatou-se um movimento na doutrina e na jurisprudência com o objetivo de mudar esse cenário, iniciando-se a aplicação de uma boa-fé que passou a impor determinados deveres de conduta, mesmo quando não previstos nas cláusulas contratuais, guardando semelhanças com a boa-fé alemã.

Perquire-se, sendo assim, investigar o desenvolvimento da boa-fé no cenário jurídico francês, desde a sua positivação no Código Civil de 1804 até a reforma do direito dos contratos, indagando se aquela boa-fé fruto dos mandamentos positivistas ainda se aplica no direito francês ou se a influência da boa-fé alemã operou transformações no seu conteúdo, uma vez que a concepção alemã do princípio predominou no desenvolvimento dogmático da boa-fé nos direitos português e brasileiro.

Para tanto, o trabalho desenvolverá um breve percurso histórico da boa-fé romana e canônica, perpassando pela recepção dessas noções pelo direito francês positivista. Então, examinará as primeiras aplicações pela jurisprudência dessa boa-fé subjetivada, delineando seu perfil até o marco temporal da década de 80, quando se nota uma mudança de racionalidade na aplicação deste princípio. Por fim, analisará a operacionalização da boa-fé desde a década de 80 até a reforma do direito dos contratos, que é o último marco importante no direito contratual francês, para então responder

o questionamento sobre a influência alemã na noção contemporânea do princípio no direito francês.

## 2 UM BREVE PERCURSO HISTÓRICO DA BOA-FÉ

A concepção do princípio da boa-fé encontra origem em dois períodos distintos do pensamento jurídico europeu. O primeiro, o do direito romano, compreendido do século III a.C. aos séculos XI e XII d. C.; o segundo período, de criação do direito canônico, teve como marco temporal o período da Idade Média (JALUZOT, 2001).

No direito romano, a boa-fé se construiu por meio da ideia de *fides*, entendida como *confiança*, mas também como *colaboração* e *auxílio mútuo* na relação entre iguais; já nas relações entre desiguais, ela era concebida como *amparo* ou *proteção*. Igualmente, a *fides* recebia outras acepções, tais como lealdade, respeito à palavra dada, fundamento da justiça e da virtude cívica, como liame que une os membros da *societas inter ipsos* e, ainda, como instrumento técnico jurídico, consubstanciado pelas fórmulas processuais, traduzindo-se como conceito valorativo, cláusula formular da atividade negocial e princípio de integração dos deveres contratuais (MARTINS-COSTA, 2018).

Já é possível vislumbrar, neste período histórico, alguns deveres e funções que a boa-fé contratual imporia e assumiria na relação contratual de alguns ordenamentos jurídicos na contemporaneidade. Se no direito romano o princípio da boa-fé não foi contemplado com uma definição ou conceito claramente delineado, esse quadro nada mudou na transposição para o direito canônico (MENEZES CORDEIRO, 1997).

É interessante pontuar que o direito da igreja se desenvolveu não como um direito alheio ou externo ao direito romano, mas no seu interior, acolhendo a

maioria dos institutos jurídicos advindos deste, bem como adotando algumas de suas virtudes, sobretudo a *fides*. Isso evidenciou a inexistência de grandes mudanças na passagem da *bona fides* (MARTINS-COSTA, 2018)<sup>2</sup>, derivada da *fides*, para a boa-fé canônica (MENEZES CORDEIRO, 1997).

As poucas mudanças arquitetadas pelo direito canônico foram suficientes para operar uma considerável mutação no princípio supracitado. Retirada das categorias técnico-jurídicas, lugar que ocupou outrora, a boa-fé foi transferida para dentro do pensamento cristão como ausência de pecado (MENEZES CORDEIRO, 1997).

No campo obrigacional, a boa-fé caiu em desuso, devido à falta de qualquer conteúdo substancial; o direito canônico não poderia ser afetado por um instituto sem sentido material, dada a necessidade da prática social cristã ao longo da história, leciona Menezes Cordeiro (1997). “Quando o princípio foi limitado ao âmbito da *praescriptio* e de institutos similares, ele se revestiu de um caráter subjetivo, sendo então indicado nos textos canônicos como um estado de ciência ou consciência individual” (MENEZES CORDEIRO, 1997, p. 160-161).

Essa subjetivação sofrida pela boa-fé influenciou diretamente na estruturação de vários institutos que vivem até os dias de hoje em alguns ordenamentos jurídicos, principalmente no campo dos direitos reais e de família, tais como o casamento putativo, a acessão e a usucapião<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> A autora ressalta que a passagem da *fides* à *bona fides* aconteceu de um mesmo núcleo semântico substancial, que seria a lealdade à palavra dada por parte daquele que titulariza a *fides* (MARTINS-COSTA, 2018, p. 62).

<sup>3</sup> O percurso histórico da boa-fé tratado aqui tem como objetivo ressaltar brevemente os aspectos do princípio que influenciaram, de alguma forma, a concepção adotada pelo direito francês. Para uma perspectiva bastante detalhada da boa-fé, recomenda-se as obras de Menezes Cordeiro (1997) e de Judith Martins-Costa (2018), já referenciadas anteriormente.

### 3 DISTINÇÃO ENTRE A BOA-FÉ OBJETIVA E A BOA-FÉ SUBJETIVA

Antes de tecer quaisquer comentários relativos ao percurso traçado pela boa-fé e sua recepção no direito francês, é preciso enfrentar a problemática que este vocábulo comportou no debate doutrinário outrora. Como já explicitado por diversos autores, entre eles Judith Martins-Costa (1997) e Menezes Cordeiro (2018), a locução *boa-fé* abarca duas acepções bastante distintas.

A primeira, e a mais difundida em institutos jurídicos dos sistemas jurídicos do *civil law*, é a *boa-fé subjetiva*, que é considerada como um estado psicológico ou de consciência “[...] caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 279), denotando “[...] uma situação que só existe na ‘aparência’, mas que gera um estado de ‘confiança subjetiva’, fazendo o sujeito crer que é o titular de um direito” (PINHEIRO, 2002, p. 248).

A *boa-fé subjetiva* tem como antítese a *má-fé*, situação em que se verifica uma ignorância por parte do sujeito, causada por culpa ou dolo. De igual maneira, a *boa-fé subjetiva* também expressa a noção de *obligatoriedade ao pactuado contratualmente* (PINHEIRO, 2002, p. 248)<sup>4</sup>.

Esta acepção é materializada na expressão *estar de boa-fé*, a qual tem o condão de afastar a culpa e gerar algumas pretensões aquisitivas próprias dos direitos reais, tal como a pretensão aquisitiva, também conhecida como *usucapião* (MARTINS-COSTA, 2018).

<sup>4</sup> Há uma divergência doutrinária acerca da *boa-fé subjetiva*, dolo e culpa. Para alguns autores, bastaria uma concepção psicológica, que comportaria a culpa e também o dolo. Para outros, no entanto, seria preciso uma concepção ética; a ética presente nessa concepção exige que o estado de ignorância do sujeito seja escusável, uma vez que aquele que age culposamente não pode ser equiparado àquele que age com prudência.

A oposta, a *boa-fé objetiva*, é compreendida como uma norma jurídica, não se tratando de uma crença errônea ou estado de fato, mas sim de um instituto ou modelo jurídico, e ainda, de um *standard* ou modelo comportamental. Igualmente como nos direitos romano e canônico, a *boa-fé objetiva* carece de uma definição clara, uma vez que a expressão *boa-fé* é semanticamente vaga ou aberta<sup>5</sup>.

Judith Martins-Costa (2018) elucida que a especificação de um conteúdo de um comportamento baseado nesse princípio nos diversos casos concretos é uma tarefa muito difícil, já que esse conteúdo, caso a caso, está ligado às circunstâncias determinantes do âmbito de sua aplicação.

Defende a jurista que a *boa-fé* interessa muito mais pelas funções que desempenha do que por sua definição, porém, leciona que:

O agir *segundo a boa-fé*<sup>6</sup> objetiva concretiza as exigências de probidade, correção e comportamento leal hábeis a viabilizar um adequado tráfico negocial, consideradas as finalidades e a utilidade do negócio jurídico em vista do qual se vinculam, vincularam ou cogitam vincular-se, bem como o específico *campo de atuação* em que situada a relação obrigacional (MARTINS-COSTA, 2018, p. 43).

A *boa-fé*, como cláusula geral que é, age como (i) fonte de deveres jurídicos de cooperação, informação, proteção e consideração às legítimas

<sup>5</sup> Esses conceitos abertos são típicos das *cláusulas gerais*, que foi a técnica legislativa utilizada para se recepcionar a *boa-fé* no ordenamento jurídico brasileiro. A técnica das cláusulas gerais pretende construir a hipótese legal por meio do uso de conceitos intencionalmente vagos e abertos. Uma vez que possuem grande abertura semântica, elas não se prestam a dar as respostas aos problemas previamente, porque essas respostas serão paulatinamente construídas pela jurisprudência (MARTINS-COSTA, 1998, p. 133-134).

<sup>6</sup> Note-se que a *boa-fé* subjetiva, portanto, denota-se pela expressão *estar de boa-fé*, ao passo que a *boa-fé* objetiva se manifesta pela conduta daquele que executa uma obrigação *segundo a boa-fé*, de acordo com a *boa-fé*, conforme a *boa-fé* e derivadas. Essa diferenciação é pertinente, uma vez que *boa-fé* subjetiva e a *boa-fé* objetiva possuem perfis dogmáticos significativamente distintos. Os franceses, contudo, normalmente não realizam essa distinção entre o *estar de boa-fé* e o *segundo a boa-fé*; tanto no campo do direito das coisas como no direito das obrigações, o sujeito *está de boa-fé* quando desconhece a real situação jurídica na qual se encontra e quando executa um contrato *de boa-fé*, se obedecidos determinados padrões que, em tese, seriam próprios da *boa-fé* objetiva.

expectativas da contraparte; (ii) diretriz do modo de exercício de posições jurídicas, tendo como função a correção ao próprio exercício contratual e, por vezes, até mesmo a correção do próprio conteúdo contratual; (iii) como critério hermenêutico obrigacional (MARTINS-COSTA, 2018).

O discernimento das duas modalidades nas quais se desdobra o princípio da boa-fé é de vital importância para se compreender o percurso e a recepção deste princípio na doutrina e jurisprudência francesas. Da codificação napoleônica ao fim do século XX, o direito francês só conheceu a aplicação da modalidade subjetiva da boa-fé; a partir da década de 90, como resultado do desprestígio da Escola da Exégese na racionalidade jurídica daquele país, nota-se um esforço jurisprudencial e doutrinário no sentido de mudar esse panorama, como se verificará a seguir.

## 4 DA CODIFICAÇÃO NAPOLEÔNICA AO FINAL DO SÉCULO XX

O princípio da boa-fé contratual encontrou posituação no artigo 1134, alínea 3 do Código Civil de 1804, que dispunha: “*Elles (les conventions) doivent être exécutées de bonne foi*”<sup>7</sup>.

O tratamento legado à boa-fé objetiva no direito francês foi resultado de alguns elementos de ordem material e formal complexos. Um dos primeiros é a falta de uma parte geral, o que provocava uma dificuldade de se estabelecer conexões sistemático-dedutivas entre as diversas partes do Código. A esse elemento, acrescenta-se a herança deixada ao princípio pelo direito canônico, do jusracionalismo presente nas obras de Domat e Pothier e, sobretudo, do papel assumido pela Escola da Exégese na racionalidade do sistema jurídico francês de então (MARTINS-COSTA, 2018).

<sup>7</sup> “Elas (as convenções) devem ser executadas de boa-fé”, tradução livre. Frise-se que o termo “convenções” significa “contrato” neste contexto.

Outro elemento fundamental na construção da boa-fé francesa e que derivou da Escola da Exegese foi a Jurisprudência dos Conceitos, a qual pretendeu transformar o jurista em um produtor de normas; mas essa produção de normas tinha o objetivo de “desvendar” ou “traduzir” o que já existe no sistema jurídico, jamais deveria visar à “inovação” desse sistema, além de propugnar uma “interpretação objetivista” (PINHEIRO, 2002, p. 158), cuja atuação do jurista deveria sempre levar em conta a intenção do legislador.

Sobre o papel desempenhado pela Escola da Exegese na limitação da potencialidade a boa-fé objetiva, ressalta-se que, apesar de a boa-fé ter sido alçada à categoria de princípio geral, com o objetivo de transferir o julgador da posição de “mero expectador” para a de “ator da solidariedade contratual”, essa potencialidade fracassou diante do caráter positivista incutido no método hermenêutico postulado pela Exegese (PINHEIRO, 2015, p. 123-124).

Sendo assim, a boa-fé contratual, fonte de novos deveres aos contratantes, tornou-se inconveniente aos olhos dessa nova ratio ao tentar recuperar parcialmente o solidarismo contratual, uma vez que isso contrariava as novas conquistas alcançadas pela classe burguesa no pós-Revolução e que foram incrustadas no novo Código Civil. A boa-fé permitiria a modificação dos valores contratuais, o que era fortemente rechaçado pelo método exegético, segundo o qual era defeso ao juiz recorrer ao direito natural para colmatar as lacunas do contrato (PINHEIRO, 2015).

A sistemática adotada pela Exegese, como se percebe, operou um verdadeiro esvaziamento do conteúdo da boa-fé contratual. Logo, o princípio em questão passou a ser considerado somente como uma regra moral, que não se constituía como um instituto jurídico, mas apenas uma norma de teor subjetivo, própria do foro íntimo, não alcançando o foro externo (PINHEIRO, 2015), este comandado pela lei civil (MARTINS-COSTA, 2018), limitando, assim, o âmbito de atuação da boa-fé às matérias do direito possessório e de família.

Sendo assim, a construção realizada pela Jurisprudência dos Conceitos, baseada no positivismo jurídico, que propunha a vedação à utilização de valores ou elementos extrajurídicos na construção da ciência jurídica de então, contribuiu igualmente para esse esvaziamento de sentido sofrido pela boa-fé obrigacional (PINHEIRO, 2002). E a boa-fé, sendo tomada como uma simples regra moral e não como princípio jurídico, não encontrou espaço na esfera de aplicação da lei civil (PINHEIRO, 2002).

Além dessa subjetivação sofrida pela boa-fé objetiva, houve igualmente a absorção dela pelo princípio supremo do novo Code: o princípio da autonomia da vontade. A principal consequência dessa absorção foi a transformação da boa-fé em uma simples norma de interpretação e execução da vontade contratual, isto é, “adstrição ao pactuado, tal qual pactuado” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 115).

Não se concebia, na racionalidade do ordenamento jurídico francês da época, que limites positivos pudessem interferir na vontade livre das partes (PINHEIRO, 2002)<sup>8</sup>, e é por tal razão que se verificava uma excessiva resistência ao princípio da boa-fé, já que ele teria o poder de impor deveres não previstos em cláusulas contratuais. Nessa seara, para que os contratos estivessem de acordo com a boa-fé, era necessário cumprir o que estivesse expresso nele, observando-se também os usos e a equidade (PINHEIRO, 2002).

Conseqüentemente, assiste-se ao triunfo do voluntarismo jurídico, que viria a ser, durante muito tempo, o baluarte sobre o qual se sustentava o direito contratual francês e as operações econômicas típicas do sistema capitalista (MARTINS-COSTA, 2018).

<sup>8</sup> Sobre as tensões existentes entre liberdade e boa-fé, o contrato era considerado o “reino da liberdade contratual”, sendo vedado às partes afastar o pactuado, uma vez que o contrato fosse concluído. Assim, adotou-se a ideia de que a única limitação que a liberdade poderia receber é a própria vontade das partes e os vícios do consentimento. Entretanto, o Código prevê, também, como limitadores dessa liberdade a ordem pública e os bons costumes, e claro, esses dois princípios só poderiam atuar em situações extremamente excepcionais (PINHEIRO, 2002, p. 181).

É nesse panorama da racionalidade jurídica francesa que se insere a criação, em 1902, da *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, um dos mais tradicionais e importantes periódicos do direito continental europeu. Na seção *jurisprudence en matière de droit civil*, cada artigo é originado de uma decisão jurisprudencial, cujos comentários sobre tais decisões são tecidos por juristas de renome na comunidade jurídica francesa.

Já em 1903, um artigo (DEMOGUE, 1903) referenciando a boa-fé foi publicado. No caso, discutiu-se a consequência da boa-fé de um vendedor de um animal acometido por vício oculto. O Tribunal entendeu que quando se constata a má-fé do vendedor, não há dúvida quanto à indenização que é devida ao comprador. Contudo, quando o vendedor está *de boa-fé*, a solução nem sempre é pacífica na jurisprudência, como se verá a seguir. A *Cour de Dijon*, neste caso, decidiu que o vendedor, mesmo de boa-fé, era devedor de uma indenização ao comprador do animal acometido pelo vício oculto, considerando que a venda, sendo nula, não deveria jamais ter existido e, portanto, aplicava-se a responsabilidade civil. Até essa decisão, não havia precedentes na jurisprudência que favorecessem o comprador nessas situações.

No ano seguinte, a Revista publicou outro artigo com o mesmo tema (DEMOGUE, 1904). A decisão, proferida pela *Cour de Paris*, foi em sentido contrário àquela da *Cour de Dijon*. Enquanto este Tribunal determinou o pagamento da indenização, além da devolução do dinheiro pago, o tribunal parisiense considerou que, uma vez constatada a boa-fé do vendedor, ele estaria isento de qualquer responsabilidade, posto que a ele não poderia ser imputada nenhuma culpa<sup>9</sup>.

Em outra decisão (DEMOGUE, 1903), discutiu-se o abuso de poder de um mandatário, cujos atos praticados no exercício de seus poderes não

<sup>9</sup> A discussão sobre a boa-fé ser tomada como critério para se aferir se uma indenização era devida ou não ao comprador de um objeto com vício oculto se verificou em outras ocasiões, tais quais: Demogue (1912, p. 512-513); Cornu (1963, p. 564-566); Cornu (1965, p. 665-667); e Cornu (1967, p. 406-408).

eram abarcados pelo mandato, bem como as obrigações do mandante perante terceiros. A situação versava sobre o mandatário – funcionário de uma companhia de seguros –, e o mandante – a própria companhia –. Para a Corte de Apelação, era perfeitamente plausível que um terceiro pudesse invocar a sua boa-fé se as limitações contidas no mandato não pudessem ser conhecidas por ele. De forma semelhante decidiu a *Cour d'Alger* em caso parecido, considerando que não é possível opor ao terceiro *de boa-fé* as restrições contidas no mandato, que eram desconhecidas por ele<sup>10</sup>.

Gérard Cornu, no artigo “*Du devoir de bonne foi dans l'exécution du contrat d'impression*” (CORNU, 1971, p. 667-668) menciona que a *Cour de Lyon* ressaltou em um acórdão que “é um princípio que os contratos devem ser executados de boa-fé”, porém, o autor referencia que é muito excepcional que a proposição legal contida no art. 1134, al. 3 do Código Civil<sup>11</sup> – a boa-fé – seja o motivo de decisões. Ainda, aduz o jurista que o apelo à boa-fé representa um “entusiasmo um tanto edílico em relação ao desenvolvimento do dever da boa-fé contratual”.

No caso julgado pela *Cour de Lyon*, um grande jornal parisiense sustentava que o seu cocontratante – uma gráfica – havia se recusado a imprimir dois artigos nos quais haviam graves acusações contra a sociedade de imprensa à qual a gráfica pertencia. Então, a *Cour* entendeu que a gráfica não era obrigada a imprimir um texto contrário a seus interesses e que, na fase das tratativas, o jornal tinha assumido o compromisso de não enviar para a impressão textos que questionassem a gráfica.

Na decisão, a boa-fé foi utilizada como ferramenta para determinar o conteúdo razoável das cláusulas contratuais que permaneceram tácitas.

<sup>10</sup> O terceiro de boa-fé, amparado pela teoria do mandato aparente, foi contemplado em outra decisão (DEMOGUE, 1936, p. 496).

<sup>11</sup> No referencial teórico adotado neste trabalho, esta é a primeira vez que uma decisão sobre a boa-fé invoca o art. 1134, al. 3. Anteriormente, a boa-fé era apontada simplesmente pelo vocábulo *bonne foi*, sem se fazer qualquer referência ao artigo supracitado.

Sentenciou o Tribunal ainda que “não poderia o jornal pretender, de boa-fé, que no contrato de impressão seu cocontratante havia aceitado imprimir artigos que se opunham aos seus interesses mais evidentes”. Ademais, o autor destaca que a boa-fé seria um corolário do art. 1156<sup>12</sup>, uma vez que ela pressupõe “uma interpretação razoável da intenção comum das partes contratantes”. Conclui, então, que a boa-fé contratual deve ser entendida como “um apelo à boa vontade na execução do contrato, um convite solene à lealdade de execução”.

Note-se que a forma com que a boa-fé foi utilizada para se aferir a real intenção dos contratantes é muito semelhante à *função interpretativa*<sup>13</sup> que a boa-fé possui em alguns ordenamentos jurídicos, tais quais o brasileiro e o português, o que denotaria uma transformação na aplicação da boa-fé na França, tendo esta, agora, uma feição objetiva. Entretanto, é preciso ressaltar que é possível observar a incidência de outro elemento importante, o qual demonstra uma forte característica da boa-fé subjetiva: a adstrição ao que fora acordado e a *boa vontade* na execução do contrato, prestando-se a boa-fé, assim, a atuar como simples regra de interpretação e da vontade contratual.

Os artigos referenciados até este ponto revelam com clareza o cenário jurídico francês de então, cujas bases se assentavam na Jurisprudência dos Conceitos e nos mandamentos formulados pela Escola da Exegese. No que tange à boa-fé, o direito francês reconhecia, até então, unicamente a aplicação da sua acepção *subjetiva*, consubstanciada sempre nas situações nas quais se verificava um desconhecimento sobre a real situação jurídica de um sujeito ou naquelas situações em que, mesmo que uma boa-fé com vestes de boa-

<sup>12</sup> O artigo 1156 do Código Civil Francês, antes da reforma de 2016, dispunha que nos contratos devia-se buscar a real intenção dos contratantes, em vez de se deter no sentido literal dos termos.

<sup>13</sup> Na sua função interpretativa, a boa-fé atua como critério de interpretação do contrato. Os contratos devem ser interpretados de acordo com o seu sentido objetivo e aparente, exceto quando o destinatário da declaração conhecer a real vontade do declarante, ou nas hipóteses em que ele devesse conhecê-la, se procedesse com razoável diligência; ainda, naquelas situações em que o próprio sentido objetivo ocasione dúvidas, então deve-se optar pelo significado que a boa-fé indique como o mais razoável (NORONHA, 1994, p. 152).

fé objetiva parecesse ter sido aplicada ao caso, assegurava-se, em última instância, a interpretação e a obrigatoriedade ao pactuado no contrato, sendo esta concepção muito própria da boa-fé *subjetiva*.

Contudo, esse quadro assistirá a uma modificação verdadeiramente significativa, como se estudará em seguida.

## 5 DA DÉCADA DE 80 À REFORMA DO DIREITO DOS CONTRATOS DE 2016

A partir da década de 80, é possível perceber uma mudança bastante relevante no posicionamento por parte da doutrina e da jurisprudência quanto à recepção e aplicação da boa-fé. Inicia-se, assim, a ganhar delineamento uma boa-fé contratual de “alcance prático”, suscitado pelo desprestígio do método da Escola da Exegese na racionalidade jurídica francesa, bem como pelas “transferências culturais alemãs” para aquele ordenamento jurídico (PINHEIRO, 2002, p. 243).

O artigo “*D’une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration*” (MESTRE, 1986, p. 100), publicado em 1986 na *Revue Trimestrielle de Droit Civil* ilustra com precisão tais mudanças que vinham acontecendo na *ratio* daquele direito, as quais resultaram na tentativa de se afastar a aplicação da boa-fé subjetiva no âmbito do direito contratual, tanto por parte da doutrina quanto por parte da jurisprudência.

No referido artigo, Jacques Mestre (1986) sustenta que, sem dúvidas, a natureza do contrato tem se transformado de maneira muito profunda. Se por muito tempo ele foi concebido como fruto de duas vontades antagonistas, livres e iguais, agora o contrato, paulatimamente, tem se tornado o lugar de um equilíbrio necessário, o qual os legisladores e os juízes não podem

hesitar em restabelecer quando da verificação de desigualdade de condições técnicas ou jurídicas.

Defende o professor que, na execução do contrato, o dever de colaboração que cinge os contratantes pode ser extraído da exigência da boa-fé (art. 1134, al. 3)<sup>14</sup>, sendo essa diretriz a aplicada pela jurisprudência nos últimos tempos, nos casos dos contratos de seguro e no exercício de cláusulas resolutórias. Contudo, leciona Mestre (1986) que esse dever de colaboração não se restringe a essas situações. Ainda que a boa-fé permita a correção dos comportamentos manifestamente desleais, o dever de colaboração também implica comportamentos convergentes à serviço do interesse contratual comum.

Referenciando o exemplo de contratos que trazem uma obrigação acessória pautando a principal, argumenta o jurista que é possível impor ao credor desinteressado um comportamento de boa-fé, ou seja, pode-se esperar que ele não desempenhe nenhum comportamento que comprometa a ação subsequente do *solvens* contra o devedor principal.

Além disso, o autor entende que é possível ser ainda mais rigoroso quanto ao dever de colaboração, exigindo-se um comportamento não apenas *negativo*, mas igualmente *positivo* do credor: ele deve fazer tudo aquilo que for possível para facilitar o exercício de ação, sendo esse comportamento colaborativo aquele presente nos contratos recentemente criados pelas práticas comerciais, como os contratos de franquia, de engenharia, de transferência de tecnologia, entre outros.

<sup>14</sup> Essa concepção de colaboração dentro do vínculo obrigacional, neste momento nova no âmbito da *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, guarda similitudes com a teoria da *obrigação como processo*, formulada no direito alemão por Karl Larenz e introduzida no cenário jurídico brasileiro por Clóvis do Couto e Silva. Para essa teoria, que entende a relação jurídica como totalidade e fenômeno complexo, a colaboração concebida dentro desse vínculo tem como objetivo precípua o adimplemento eficaz em vista do interesse contratual envolvido. Sobre a teoria da obrigação como processo e a obrigação como relação de cooperação, ver: Martins-Costa (2018, p. 234) e Silva (2006).

No início dos anos 2000, parte da doutrina francófona já parecia ter revestido o princípio da boa-fé de conteúdo à moda alemã, pelo menos de forma parcial. Alex Weill e François Terré (2001) aduzem que uma execução de boa-fé impõe aos contratantes a observância de um *dever de lealdade*. Ademais, pontuam que a doutrina e a jurisprudência encontram na boa-fé também um *dever de cooperação* ao qual os contratantes estão ligados (WEILL; TERRÉ, 2001).

De acordo com os autores, o dever de lealdade obriga o devedor à execução fiel das suas obrigações, não importando quais sejam as dificuldades pelas quais ele pode se deparar durante a execução contratual. Porém, essa exigência não é inflexível: quando da avaliação se o devedor descumpriu essa exigência, deverá o julgador utilizar como parâmetro o *bom pai de família*. O devedor está, ainda, obrigado a se abster de utilizar qualquer estratégia que possa impedir a outra parte de obter os benefícios oriundos do contrato.

No que tange ao credor, o dever de lealdade o obriga a se abster de dolo, de deslealdade e de artifícios que possam tornar a execução do contrato muito difícil e, até mesmo, impossível.

O *dever de cooperação*, por seu turno, pressupõe que a execução do contrato implica “um certo dever de cooperação entre as partes”. O dever de cooperação entre as partes resulta da própria natureza de determinados contratos, como no caso das associações, nas quais deve preponderar o *jus fraternitatis*. Quando se verifica a prática de uma conduta que torna a colaboração impossível, a lei permite a resolução antes do advento do termo por “justos motivos”.

Além disso, o dever de cooperação origina o *dever de informação*, que determina que os contratantes devem sempre levar ao conhecimento do outro acontecimentos que se mostram de interesse para a execução do contrato; a jurisprudência, inclusive, reconheceu o dever de informação em diversas ocasiões.

Por fim, o dever de cooperação cinge as partes a facilitar à outra a execução do contrato, como, por exemplo, no caso do remetente que é obrigado a cooperar com o transportador internacional, remetendo as mercadorias necessárias para a alfândega.

Em uma decisão sobre cláusulas resolutórias (MESTRE, 1992, p. 92)<sup>15</sup>, a *Cour d'Appel de Paris* entendeu que “[...] nesse ato de justiça privada que constitui a implementação de uma cláusula resolutória, o credor tem o dever de facilitar a seu cocontratante a execução de suas obrigações [...]”, e caso esse mandamento não seja observado, configura-se “[...] o descumprimento do princípio segundo o qual os contratos devem ser executados de boa-fé”, destacando ainda que ao se abster deliberadamente de emitir aos inquilinos não apenas os recibos relativos a cada pagamento parcial, mas também os correspondentes à liquidação definitiva de cada termo de aluguel, como era obrigado a fazer, o locador tornou-se responsável, pelo menos em parte, pelo atraso dos pagamentos dos inquilinos, que ficaram privados da possibilidade de obter os subsídios de habitação aos quais tinham direito.

Sendo assim, o Tribunal concluiu que os contratos de locação não estavam automaticamente resolvidos, uma vez que as cláusulas resolutórias tinham perdido o seu efeito automático devido à falta de boa-fé do locador.

O dever de informação também teve espaço para aplicação neste período. No caso (MESTRE, 1997), um condomínio celebrou em março de 1982 um contrato com uma empresa, cujo objeto era o fornecimento de aquecimento e a manutenção das instalações. Em outubro de 1987, a empresa informou ao condomínio que haveria uma tarifa proposta pela *Gaz de France* mais vantajosa do que aquela praticada inicialmente.

<sup>15</sup> A utilização da boa-fé como ferramenta de controle de cláusulas de resolução contratual também é referenciada em: Mestre (1994, p. 346); Mestre (1996, p. 158-160); e Mestre (1997, p. 427).

No entanto, o condomínio descobriu que a tarifa vantajosa existia desde setembro de 1985 e que a empresa fornecedora do aquecimento já tinha subscrito a ela em abril de 1986, sem benefício do condomínio. Então, a empresa foi demandada no valor que o condomínio teria economizado se tivesse subscrito a nova tarifa desde o início.

Enquanto a instância inferior considerou que a empresa demandada não tinha nenhuma obrigação de informar ao condomínio sobre a tarifa mais vantajosa, a *Cour de Cassation* entendeu o contrário; considerou o Tribunal que, levando-se em consideração o art. 1134, al. 3 do Código Civil, a empresa encarregada de operar as instalações de aquecimento estava obrigada a agir no melhor interesse dos seus clientes e, conseqüentemente, de informar sobre a possibilidade de modificação favorável da tarifa da *Gaz de France*, dever este que não foi cumprido durante, aproximadamente, um ano e meio.

Quanto à imposição de outros deveres oriundos da boa-fé, um caso julgado em 8 de março de 2005 pela *Cour de Cassation* ilustra bem as novas exigências do princípio da boa-fé (MESTRE; FAGES, 2005). Uma sociedade empresária abriu uma conta em um banco, cujo contrato previa uma cláusula de unidade de conta, mas que passou a ser operada pelo próprio banco como se duas contas distintas fossem: uma delas operava em dólares e a outra em francos. Em um determinado momento, a conta em dólares ficou com saldo negativo e o banco penhorou valores da conta que operava em francos, que estava com saldo positivo. Além disso, quando recebeu uma ordem de transferência relativa à conta em francos, o banco se recusou a executá-la.

Considerou-se, assim, que ao operar a conta única como se fossem duas contas diferentes e depois invocar a cláusula de unidade de conta para penhorar valores e recusar as ordens de transferência, o banco descumpriu

um *dever de coerência de comportamento*<sup>16</sup> ou, como comentam Mestre e Fages (2005), uma proibição de se contradizer em detrimento de outrem<sup>17</sup>.

Além da construção de um perfil de boa-fé que reconhece, de uma forma ou de outra, uma *função integrativa*, que se revela por meio da imposição de determinados deveres, tais como o dever de cooperação (ou colaboração), informação e lealdade, verifica-se também um tímido desenvolvimento da *função corretiva* deste princípio<sup>18</sup>, como no caso a seguir.

Bertrand Fages (2007) relata que a *Cour de Cassation* ponderou, em julho de 2007, que embora a boa-fé permita ao juiz sancionar o uso desleal de uma prerrogativa contratual, ela não permite ao juiz, contudo, modificar a própria substância dos direitos e obrigações convenencionados pelas partes. Essa sanção a qual o Tribunal se refere, de acordo com o autor, pode ser, por vezes, a *neutralização* ou *paralisação* do uso desleal ou abusivo de uma prerrogativa conferida ao seu titular pela lei ou pelo contrato; acrescenta ainda que essa posição é corroborada por diversas decisões, principalmente

<sup>16</sup> A proibição de se contradizer em detrimento de outrem já tinha sido tratada em artigo anterior (MESTRE; FAGES, 2002, p. 93-96). Inclusive, os autores revelam que se discutiu em um colóquio sobre a recepção, no direito francês, da figura parcelar do *venire contra factum proprium*, o que demonstra a progressiva influência do direito alemão na construção da noção da boa-fé no direito francês.

<sup>17</sup> Observe-se que esse dever de coerência é bastante similar à figura parcelar do *venire contra factum proprium*, adotada pelas doutrinas alemã, portuguesa e brasileira. Essa figura, de acordo com Menezes Cordeiro (1997, p. 742), “traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente”. No entanto, somente a contradição na conduta exercida não configura o *venire*, segundo magistério de Judith Martins-Costa (2018, p. 674-675). É preciso, igualmente, que a segunda conduta praticada frustrar a legítima confiança suscitada na outra parte, em razão da primeira conduta tomada (MARTINS-COSTA, 2018, p. 674-675; MENEZES CORDEIRO, 1997, p. 742).

<sup>18</sup> É preciso pontuar, no entanto, que a doutrina francesa analisada não costuma estruturar a boa-fé de acordo com as funções que desempenha, tal como acontece na doutrina pátria; conceber a boa-fé por meio das funções que possui no vínculo obrigacional é uma sistemática desenvolvida por alguns autores, entre eles Menezes Cordeiro e Judith Martins-Costa, sendo esta sistemática própria dos direitos alemão, português e brasileiro. Porém, interessante é a sistematização que a professora Brigitte Lefebvre adota para o conteúdo da boa-fé no direito do Québec; para a autora, a boa-fé possui quatro funções distintas: i) interpretativa; ii) completiva; iii) limitativa e iv) adaptativa. Essas funções, nas lições da professora canadense, desenvolvem-se de uma forma muito semelhante àquela que se percebe nos ordenamentos jurídicos alemão, português e brasileiro (LEFEBVRE, 1996, p. 348).

nos casos em que se constata a *má-fé* do credor no uso das cláusulas resolutórias (FAGES, 2007).

Em 1º de outubro de 2016 entrou em vigor na França a *Ordonnance* nº 2016-131, de 10 de fevereiro de 2016, que instituiu uma reforma na parte do direito dos contratos do Código Civil francês. Hugo Barbier (2016) sustenta que essa reforma teve como objetivo dois fatores: a segurança jurídica e o reforço da atratividade do direito francês. Além disso, relata que o espírito subjacente dessa reforma foi a preocupação com o equilíbrio e a eficácia contratuais (BARBIER, 2016).

O equilíbrio do conteúdo do contrato, de acordo com o jurista, é buscado por meio da sanção ao abuso de dependência<sup>19</sup> e às cláusulas abusivas, sendo ele garantido pela consagração da revisão contratual em determinados casos. Igualmente, a reforma procurou estabelecer um equilíbrio informativo entre os contratantes, concretizado, principalmente, pela formulação de uma obrigação geral de informação (BARBIER, 2016).

O autor menciona ainda que a liberdade contratual, a força obrigatória dos contratos e a boa-fé, que são os três pilares do contrato, adquiriram novas dimensões à luz do “espírito” da reforma do direito dos contratos (BARBIER, 2016).

Nessa toada, o professor Bénédicte Fauvarque Cosson (2016) entende que o destaque dado aos arts. 1102, 1103 e 1104, que estabelecem, respectivamente, os princípios da liberdade contratual, força obrigatória dos contratos e boa fé, revela um dos objetivos essenciais perseguidos pela reforma: encontrar o equilíbrio entre justiça contratual e autonomia da vontade (COSSON, 2016).

<sup>19</sup> A figura do *abus de dépendance*, considerada como um vício do consentimento, está expressa no novo art. 1143 do Código Civil, que dispõe que também há violência quando uma parte, abusando do estado de dependência no qual se encontra seu cocontratante em relação a ela, obtém dele um compromisso que ele não teria assumido se ausente tal situação, auferindo, assim, vantagem manifestamente excessiva.

O artigo 1104 estende a boa fé à fase de negociação e formação do contrato. Em contrapartida, a alínea 3 do art. 1134 estabelecia esta obrigação para a fase de execução do contrato. Porém, a jurisprudência já considerava que a boa-fé, que o Código Civil limitava à fase de execução do contrato, na verdade já abrangia o processo de formação do contrato (COSSON, 2016).

No que tange à boa-fé, nota Barbier (2016) que é difícil negar o progresso da boa-fé no âmbito da reforma. No novo art. 1104<sup>20</sup>, a boa-fé é alçada à categoria de norma de ordem pública, isto é, não pode ser afastada pela vontade negocial das partes; além do que, as partes têm o dever de observarem a boa-fé em todas as fases do contrato: negociação, formação e execução.

Contudo, observa o jurista que, levando-se em consideração a implementação de instrumentos específicos de reequilíbrio contratual, a boa-fé perdeu parte de suas consequências práticas, como no caso do dever de informação que, inicialmente era fortemente vinculado pela jurisprudência à boa-fé, agora se desprende do princípio e adquire autonomia no texto legal<sup>21</sup>. Essa independência também se verifica no caso do dever de renegociação do contrato em caso de imprevisão, que tinha como fundamento o princípio da boa-fé, e que da mesma forma recebeu previsão específica no Código (BARBIER, 2016).

A autonomização desses mecanismos em relação à boa-fé levantará importantes questões, nas palavras do articulista. Indaga ainda se é possível conceber um dever de informação somente com base no princípio da boa-fé

<sup>20</sup> Art. 1104. Os contratos devem ser negociados, formados e executados de boa-fé. Essa disposição é de ordem pública. Tradução livre.

<sup>21</sup> Art. 1112-1: A parte que tenha conhecimento de informações cuja importância seja determinante para o consentimento da outra deve informá-la quando, legitimamente, esta ignora essa informação ou confia no seu cocontratante. No entanto, este dever de informação não diz respeito à estimativa do valor do serviço. A informação que tem relação direta e necessária com o conteúdo do contrato ou com a qualidade das partes é de importância decisiva. Incumbe àquele que alega que a informação lhe é devida provar que a outra parte lhe deve, por outro lado, cabe a esta provar que a forneceu. As partes não podem limitar tampouco excluir este dever. Tradução livre.

e, sobretudo, se o dever de renegociação do contrato é permitido apenas nos casos de imprevisão ou se o princípio da boa-fé impõe o dever de renegociação mesmo nos casos em que não há imprevisão. Anota, por fim, que essa reforma de profundidade para direito francês, trazendo uma forte evolução do direito dos contratos e, com ela, novas “manobras” para os juízes e para as partes contratantes (BARBIER, 2016).

## 6 CONCLUSÃO

Como foi possível notar, a boa-fé recepcionada pelo direito francês, desde o advento do Código de Napoleão, sofreu diversas influências, tais quais a herança do direito canônico, os postulados da Escola da Exegese e da Jurisprudência dos Conceitos e a sua absorção pelo princípio da autonomia da vontade. O resultado dessas influências foi justamente a consagração de um perfil de boa-fé à maneira da racionalidade jurídica da modernidade: uma boa-fé serva da vontade contratual, sem qualquer potencialidade para modificar o contrato, mas apenas para reforçar sua força obrigatória.

Foi esse o cenário traçado pela investigação que se verificou desde a criação da *Revue Trimestrielle de Droit Civil* até a década de 80: somente a aplicação da boa-fé subjetiva, revelada nas hipóteses de crença errônea de um sujeito ou naquelas situações de obrigatoriedade ao que havia sido pactuado no contrato.

Entretanto, com o desprestígio paulatino que a Escola da Exegese e a Jurisprudência dos Conceitos começaram a vivenciar naquele direito, começou-se a esboçar uma nova aplicação do princípio da boa-fé, impondo aos contratantes a observância de novos deveres contratuais, ainda que não previstos nas cláusulas do contrato. Além disso, essa nova noção de boa-fé passou a, também, limitar o exercício de alguns direitos contratuais da parte que a viola.

Os deveres que a boa-fé passou a impor ao longo da década de 80 até a reforma do direito dos contratos foram construídos de uma forma muito similar àquela constatada no direito alemão. Em síntese, o *dever de informação* exige que os contratantes devem se informar sobre todos os acontecimentos relevantes para a execução do contrato; o *dever de cooperação* obriga as partes a tomarem todas as condutas possíveis para a consecução do objetivo contratual, enquanto o *dever de lealdade* exige o cumprimento fiel das obrigações assumidas. O *dever de coerência* (ou a *proibição de se contradizer em detrimento de outrem*), por seu turno, requer dos partícipes do contrato a adoção de uma linha de conduta coerente.

Além disso, a sanção para a parte que viola a boa-fé também é bastante semelhante à sanção aplicada nos direitos alemão, português e brasileiro, que é a paralisação ou neutralização da eficácia da conduta contrária à boa-fé. As pretensões indenizatórias, no direito francês, constituem exceção à regra nos casos de comportamentos que violam a boa-fé.

Embora fortes semelhanças sejam traçadas, algumas diferenças também merecem ser destacadas. Nos direitos alemão, português e brasileiro, a função corretiva da boa-fé também transparece por meio das “figuras parcelares”, que são enunciados formulados ao longo de muitos anos que prevêm algumas situações nas quais se revela uma contraditoriedade desleal nas condutas contratuais praticadas. São elas o *venire contra factum proprium*, a *supressio*, a *surrectio*, a *inalegabilidade de nulidades formais*, o *desequilíbrio no exercício jurídico* e a *exceptio doli*. O direito francês, no entanto, não costuma reconhecer essas figuras parcelares, embora o dever de coerência consagrado pela jurisprudência seja parecido com o *venire contra factum proprium*.

Além da não recepção das figuras parcelares, a doutrina analisada não invocou a boa-fé na sua função de interpretação do contrato.

Conforme o exposto, conclui-se que, embora a boa-fé no direito francês ainda apresente alguns resquícios da herança positivista trazida pelo direito canônico, pela Escola da Exegese e pela Jurisprudência dos Conceitos, além de guardar algumas diferenças notáveis quando comparada com a boa-fé alemã, é evidente que a operacionalização contemporânea do referido princípio tem se deixado influenciar pelas potencialidades da boa-fé presente no direito alemão, seja por obra da doutrina, que por meio de seus estudos edifica a noção de boa-fé, seja por parte da jurisprudência, que ajuda na delimitação do perfil dogmático do princípio.

## REFERÊNCIAS

BARBIER, Hugo. Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016. *In: Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, Dalloz, avril-juin. 2016.

CORNU, Gérard. De l'assimilation du vendeur professionnel au vendeur de mauvaise foi pour la garantie des vices cachés. *In: Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris: Sirey, 1967.

CORNU, Gérard. Des cas où le vendeur est tenu, au titre de la garantie, des dommages résultant d'un vice caché de la chose vendue. *In: Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris: Sirey, 1965.

CORNU, Gérard. Du devoir de bonne foi dans l'exécution du contrat d'impression. *In: Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris: Sirey, 1971.

CORNU, Gérard. Quelles indemnités l'acheteur peut-il obtenir du vendeur de bonne foi, au titre de la garantie des vices cachés? *In: Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris: Sirey, 1963.

COSSON, Bénédicte Fauvarque. La réforme du droit français des contrats dans le contexte de l'arbitrage commercial international. *In: Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 50, jul./set. 2016.

DEMOGUE, René. Des dommages-intérêts en cas de vente d'animal atteint de maladie contagieuse. *In: Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris: Sirey, 1904.

DEMOGUE, René. Droit de l'acheteur contre un marchand de bonne foi en cas de vice caché de l'objet vendu. *In: Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris: Sirey, 1912.

DEMOGUE, René. En cas de vente d'animaux atteints de maladies contagieuses, l'acheteur peut-il, après avoir invoqué la nullité de la vente, demander des dommages-intérêts? *In: Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris: Sirey, 1903.

DEMOGUE, René. Situation d'un créancier lorsque que notaire détenteur de la grosse cède la créance sans son consentement. *In: Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris: Sirey, 1936.

FAGES, Bertrand. Mais la bonne foi ne fait pas échec au bénéficiaire d'une garantie de passif. *In: Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris: Sirey, Oct./Déc. 2007.

JALUZOT, Béatrice. **La bonne foi dans les contrats**: étude comparative des droits français, allemand et japonais. Paris: Dalloz, 2001.

LEFEBVRE, Brigitte. La bonne foi: notion protéiforme. *In: Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*. Sherbrooke: Université de Sherbrooke, 1996.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um "Sistema em Construção" (As cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro). **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 15, 1998.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa fé no direito civil**. Lisboa: Almedina, 1997.

MESTRE, Jacques. Clause résolutoire et bonne foi du débiteur. *In: Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris: Sirey, 1994.

MESTRE, Jacques. D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration. *In: Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris: Sirey, 1986.

MESTRE, Jacques. La Cour de cassation contrôle l'abus dans l'exercice d'une clause de résiliation unilatérale. *In: Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris: Sirey, 1997.

MESTRE, Jacques. Le contrôle par le juge de l'application des clauses résolutoires. *In: Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris: Sirey, 1992.

MESTRE, Jacques. Validité d'une clause de résiliation unilatérale d'un contrat à durée déterminée mais exigence de bonne foi dans sa mise en œuvre. *In: Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris: Sirey, 1996.

MESTRE, Jacques; FAGES, Bertrand. Bonne foi et cohérence du comportement. *In: Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris: Dalloz, 2005.

MESTRE, Jacques; FAGES, Bertrand. De l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui. *In: Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris: Dalloz, 2002.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais:** autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Princípio da boa-fé nos contratos:** o percurso teórico e sua recepção no direito brasileiro. Curitiba: Juruá, 2015.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

WEILL, Alex; TERRÉ, François. **Droit Civil:** les obligations. Paris: Dalloz, 2001.



# ATUAÇÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE: GARANTIA DA LIVRE CONCORRÊNCIA EM BENEFÍCIO DO CONSUMIDOR OU INTERVENÇÃO NO MERCADO?

Wilson Engelmann

Daiana Flores

Juliano Jung

## RESUMO

A Constituição Federal de 1988 adota um modelo econômico neoliberal, ou seja, intervém na economia apenas na medida do necessário. No entanto, o Estado tem a obrigação de atuar nas relações de consumo com a finalidade de proteger o consumidor, a parte mais “fraca”, conforme determina a Lei Maior. Nesse sentido, é necessária a promoção de políticas de defesa da concorrência que regulem as atividades econômicas para o bom funcionamento da economia e o bem-estar do cidadão consumidor. Nesse cenário, surge o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE com a finalidade de orientar, fiscalizar e apurar os abusos do poder econômico. O presente trabalho tem como objetivo explicar sobre os limites da atuação do Estado por intermédio do CADE na atividade econômica. Para tanto, foi utilizada a pesquisa bibliográfica em doutrinas, na legislação brasileira, e também a análise de artigos científicos. Concluiu-se que, a participação estatal na economia se faz necessária, por intermédio dos seus órgãos competentes, sempre que houver infração contra a ordem econômica que prejudique a sociedade brasileira.

**Palavras-chave:** Constituição Federal de 1988. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Estado. Intervencionismo. Neoliberalismo.

## ABSTRACT

*The Federal Constitution of 1988 adopts a neoliberal economic model, that is, intervenes in the economy only to the extent necessary. However, the State has an obligation to act in consumer relations in order to protect the consumer, the “weaker” part, as determined by the Major Law. In this sense, it is necessary to promote competition defense policies that regulate economic activities for the proper functioning of the economy and the welfare of the consumer citizen. In this scenario, the Administrative Council for Economic Defense (ACED) appears to guide, supervise and investigate abuses of economic power. This paper aims to explain the limits of the State’s action through ACED in economic activity. For this, we used the bibliographic research in doctrines, in Brazilian legislation, and also the analysis of scientific articles. It was concluded that state participation in the economy is necessary, through its competent organs, whenever there is violation against the economic order that harms Brazilian society.*

**Keywords:** *Administrative Council of Economic Defense – ACED. Federal Constitution of 1988. Interventionism. Neoliberalism. State.*

## 1 INTRODUÇÃO

As teorias econômicas apresentam divergentes pensamentos a respeito da presença do Estado na economia. Alguns doutrinadores defendem um Estado mais liberal, com pouca interferência na economia, outros sustentam a ideia de um Estado mais atuante. Nesse sentido, o Estado brasileiro adotou um modelo econômico onde não atua diretamente na atividade econômica, mas se apresenta como agente normativo e regulador, conforme os ditames constitucionais.

Diante disso, o Estado na função de fazer cumprir os princípios gerais da ordem econômica, tais como o princípio da livre concorrência e da defesa do consumidor, criou um órgão, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, para atuar contra os abusos do poder econômico e zelar

pela livre concorrência no mercado, e conseqüentemente, pelo bem-estar do cidadão consumidor.

Dessa forma, o presente trabalho objetiva discutir a atuação do referido órgão, desenvolvendo-se da seguinte maneira: o capítulo que inaugura o presente ensaio é dedicado a apresentar breve noção das principais doutrinas econômicas que explicam a presença do Estado na economia, tais como o liberalismo, o intervencionismo e o neoliberalismo econômico, as quais influenciaram os sistemas econômicos por todo o mundo. Tais modelos econômicos influenciaram também, a elaboração dos textos constitucionais do Brasil. Em face disso, é apresentada a evolução histórica de como a temática foi delineada ao longo das constituições brasileiras.

A seguir, tendo em vista o modelo econômico adotado pela vigente Constituição Federal de 1988, aborda-se a respeito da atuação do Estado nas relações de consumo, bem como discute-se sobre a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos e aos serviços notariais e de registro.

Por fim, explana-se sobre o órgão responsável pela defesa da concorrência no país, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, discorrendo sobre suas características e competências, bem como a sua atuação no cenário econômico brasileiro como garantidor da livre concorrência em prol do consumidor ou como agente estatal de intervenção do mercado.

## **2 A ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA BRASILEIRA**

Para melhor compreensão, neste capítulo são analisados temas que se relacionam com a atuação estatal na economia do Brasil.

## 2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DAS DOUTRINAS ECONÔMICAS

A defesa de um sistema de economia livre e menos intervencionista decorreu dos ideais liberais emergidos em meados do século XVIII. O precursor deste modelo de sistema econômico foi o filósofo e economista escocês Adam Smith, autor da obra *A Riqueza das Nações*. Sua doutrina defendia as liberdades individuais e um governo com uma política de *laissez-faire*, permitindo que as forças da concorrência e o livre jogo da oferta e da demanda regulassem a economia, a qual ficaria quase completamente livre das restrições do governo ou de suas intervenções (HUNT, 2005).

Contrário à teoria de Adam Smith, o filósofo Thomas Hobbes acreditava que o liberalismo econômico se caracterizava por ser uma doutrina para os fortes e poderosos, portanto, não igualitária. O filósofo defendia uma forma de governo que assegurasse a ordem e a paz para a sociedade. Mas ele não foi o único a criticar o liberalismo econômico. Com o crescimento da corrente socialista e do capitalismo e após várias crises, os ideais liberais foram se extenuando (NUNES, 2010).

O enfraquecimento do liberalismo econômico deu espaço para o intervencionismo estatal pregado por John Maynard Keynes, economista inglês que ficou conhecido por sua obra intitulada *Teoria geral*. Para o economista, o desemprego e a distribuição desigual e arbitrária de renda e da riqueza eram os pontos fracos do sistema capitalista, por isso o Estado deveria interferir na economia, regulando o mercado de capitais, promovendo empregos, efetuando obras de infraestrutura, racionalizando a economia e diminuindo as desigualdades oriundas do mercado (ARAÚJO, 1995).

Contudo, esta intervenção estatal passou a ser prejudicial ao desenvolvimento do setor privado, haja vista o excesso de normatização,

ocasionando a estagnação da economia. Nesse contexto, então, surge o neoliberalismo, reação teórica e política promovida por Friedrich Hayek, contra o Estado intervencionista e o keynesianismo (SADER; GENTILI, 1995).

Os ideais neoliberais reconheceram a importância do Estado para a economia. O papel fundamental do Estado para os neoliberais está na consolidação igualitária da economia, bem como na redução das desigualdades sociais. Algumas características desse modelo consistem na abertura da economia para o capital internacional, desregulamentação estatal, desburocratização, privatizações, livre concorrência, entre outros. As esferas sociais, culturais e políticas também sofrem influência deste modelo, o qual defende a liberdade, a democracia e a igualdade (NUNES, 2010).

## 2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

Os textos das primeiras constituições brasileiras – Constituição Federal de 1824 e de 1891 –, não tratavam sobre regras de intervenção no mercado. Isto se deu em razão dos ideais liberais que estavam sendo difundidos na época. Somente a partir da reforma constitucional de 1926, o Congresso Nacional passou a legislar sobre comércio exterior e interior autorizando limitações. Em vista disso, a Constituição Federal de 1934 introduziu regras sobre a organização econômica pelo Estado (RAGAZZO, 2006).

Todavia, foi na Constituição Federal de 1937 que surge pela primeira vez na legislação pátria a expressão “intervenção do Estado no domínio econômico”, conforme artigo 135:

Art 135 – Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. **A intervenção do Estado no domínio econômico** só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar

os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta (BRASIL, 1937, grifo nosso).

Dessa forma, a Constituição Federal de 1937 exaltava a liberdade de iniciativa limitando a presença do Estado à supressão das deficiências da iniciativa privada e à coordenação de fatores de produção, prevalecendo os interesses da nação.

Posteriormente, com a Constituição Federal de 1946, foram explicitamente delineados os parâmetros que nortearam a intervenção estatal, tais como o interesse público, a valorização do trabalho e os direitos fundamentais.

Sob a égide da Constituição de 1946, também foi criada a lei de defesa da concorrência brasileira, a Lei nº 4.137, cujo projeto se arrastou desde 1948, tendo sido aprovada somente no ano de 1962. Referida lei regulamentava a necessidade de repressão de qualquer forma de abuso de poder econômico (RAGAZZO, 2006).

As Constituições Federais de 1967 e 1969, ao contrário das constituições anteriores, adotaram a intervenção direta do Estado na economia sob o pretexto da segurança nacional (NUNES, 2010). Esse período ficou caracterizado como o período da ditadura militar, com uma política de intervencionismo extremado, abrangendo o controle de preços e substituição de importações no âmbito econômico (RAGAZZO, 2006).

Durante esse período, o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE, criado anteriormente pela Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962 para a defesa da concorrência no país, não tinha nenhuma autonomia. Suas decisões eram continuamente reformadas pelo Poder Judiciário. A política de intervenção estatal gerou um modelo econômico

em que não havia concorrência, dessa forma, o órgão não teve muita aplicabilidade à época (RAGAZZO, 2006).

Ao fim da era ditatorial e com o processo de redemocratização do Brasil, foi promulgada a Constituição Federal de 1988, que reduziu o poder de intervenção do Estado na economia, fazendo ressurgir a importância da defesa da concorrência no cenário econômico do país (RAGAZZO, 2006).

## 2.3 A ATUAÇÃO DO ESTADO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

A sociedade de consumo é gerada pelo próprio sistema capitalista, caracterizada pela crescente demanda e oferta de produtos. Ocorre que há grande disparidade na relação entre fornecedor e consumidor. Nesse sentido, para que haja o equilíbrio nesta relação, faz-se necessária a participação do Estado para a promoção da defesa dos consumidores, cuja atuação está prevista em diversos intentos legislativos.

A defesa do consumidor só existe nas economias nas quais predomina a livre iniciativa, como é o caso do Brasil (FINKELSTEIN; SACCO NETO, 2010). Assim, no âmbito constitucional, o inciso XXXII, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; (BRASIL, 1988).

E ainda, o inciso V do artigo 170 da Constituição Federal preconiza:

Art. 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V – defesa do consumidor; (BRASIL, 1988).

Na esfera infraconstitucional, o inciso II do artigo 4º, do Código de Defesa do Consumidor preleciona:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II – ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. [...]  
(BRASIL, 1990).

Nota-se, portanto, que os textos legais asseveram a proteção ao consumidor. No entanto, a atuação do Estado na relação jurídica de consumo deve ser feita de forma que não afronte outros princípios, tais como o da livre iniciativa. Ao editar as normas não poderá vedar, limitar ou dificultar o desenvolvimento econômico sob a alegação de proteção do consumidor (SOUZA, 2010).

Do mesmo modo, não há como viabilizar a concreção de outros princípios, sem que esteja presente a defesa do consumidor, por se tratar de um princípio fim (MORATO, 2009).

## 2.4 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – CDC

O Código de Defesa do Consumidor – CDC estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social. Com a aprovação da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, surgem as bases normativas específicas para a relação entre consumidor e fornecedor (FINKELSTEIN; SACCO NETO, 2010).

A referida norma tem uma abrangência que envolve desde relações de compra de produtos (alimentos, roupas, brinquedos, eletrônicos), compra de bens duráveis (terrenos, apartamentos, carros), até as contratações de serviços (plano de saúde, telefonia móvel, conserto de eletrodomésticos). Suas normas objetivam regularizar as relações de consumo, protegendo o consumidor de prejuízos na aquisição de produtos e serviços (FINKELSTEIN; SACCO NETO, 2010).

### 2.4.1 Da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos

Primeiramente, para tratar do assunto em tela, é necessário fazer a classificação dos tipos de serviços públicos. Há dois tipos de serviços públicos oferecidos à sociedade, o primeiro se refere aos serviços próprios do Estado que só devem ser prestados por órgãos ou entidades públicas, sem delegação a particulares, os chamados pela doutrina de *uti universi* ou gerais, de natureza indivisível. O segundo se refere aos serviços que não necessitam ser prestados unicamente pelo Estado, podendo ser disponibilizados de forma descentralizada, e remunerada, por meio de suas autarquias, sociedades de economia mista, fundações governamentais e por meio de delegação.

Esses serviços são denominados como serviços impróprios ou *uti singuli* ou individuais, e remunerados por tarifa (MEIRELLES, 2014).

Dito isso, o artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor determina:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Dessa forma, pode-se dizer que a referida norma se aplica aos serviços públicos divisíveis ou *uti singuli*, remunerados por tarifa ou preço público, como por exemplo, os serviços de fornecimento de água tratada, energia elétrica e transporte público, entre outros, geralmente os operados por concessionária (FUHRER; FUHRER, 2015).

Nesse sentido Medici (2011, p. 70) aponta,

Todos los servicios públicos están centrados en el «cliente», consumidores de servicios cuyas demandas deben ser atendidas de forma personalizada. Al mismo tiempo, los bienes y servicios ganan en un significado expresivo, ya no son distribuidos de modo estandarizado y lineal, sino que obedecen a las elecciones personales de un consumidor que los convierte así en manifestaciones de un consumidor que los convierte así en manifestaciones de un 'yo' y de un estilo de vida personal.

Além disso, o texto infraconstitucional no inciso VII do artigo 4º estabelece:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

VII – racionalização e melhoria dos serviços públicos; [...]  
(BRASIL, 1990).

Em vista disso, por ser o Estado fornecedor de produtos e serviços, é, portanto, subordinado ao regime da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Outrossim, tal consideração fundamenta-se através do texto constitucional tendo em vista o parágrafo 6º, do artigo 37, que dispõe o seguinte:

Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

[...] (BRASIL, 1988).

Da mesma maneira, a Lei Maior declara no artigo 175 que “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos” (BRASIL, 1988).

Portanto, considerando os fundamentos expostos, não há como eximir os serviços públicos, no tocante aos serviços divisíveis ou *uti singuli*, da aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

## 2.4.2 Da possibilidade da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços notariais e registrais

Acerca da possibilidade ou não da aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas atividades notariais e de registro, o tema encontra

divergências tanto na doutrina quanto na jurisprudência, sendo que a maior parte da doutrina é contrária à sua aplicação (MORATO, 2009).

No que se refere à fundamentação da subordinação dos serviços notariais e registrais às normas do Código de Defesa do Consumidor, verificou-se os seguintes argumentos: i) que a atividade notarial e de registro se trata de uma atividade que integra o rol dos serviços impróprios do Estado, exercidos por meio de delegação, constituindo-se em um serviço público divisível; ii) que tal atividade consiste em serviço remunerado, fato que atrai para o prestador uma das características essenciais atinentes ao fornecimento de serviços; iii) que a lei ao adotar o termo “toda” pessoa física ou jurídica para conceituar fornecedor, não distinguiu as pessoas físicas ou jurídicas, com a intenção de garantir a incidência da norma sobre todas as categorias de prestadores de serviços; e, iv) que tais serviços são pagos diretamente pelos seus destinatários finais (MORATO, 2019).

Nesse diapasão, a jurisprudência já se pronunciou favorável à aplicabilidade do CDC aos serviços notariais e registrais:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. CARTÓRIO NÃO OFICIALIZADO. ATIVIDADE DELEGADA. ART. 22DA LEI 8.935/1994. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO TABELIÃO ESUBSIDIÁRIA DO ESTADO. DESNECESSIDADE DE DENUNCIÇÃO À LIDE. DANOMORAL. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SÚMULA 83/STJ. 1. Hipótese em que a instância ordinária condenou o ora recorrente ao pagamento de indenização em razão de transferência de imóvel mediante procuração falsa lavrada no cartório de sua titularidade. Foram fixados os valores dos danos morais e materiais, respectivamente, em R\$ 10.000,00 e R\$ 12.000,00 estes últimos correspondentes aos gastos com advogado para reverter judicialmente a situação. 2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. Inexiste a omissão apontada, porquanto o Tribunal de origem asseverou de forma expressa e clara a existência de nexos causal entre o dano e a atividade notarial, bem como a ausência de excludente por culpa de terceiro. 3. O exercício de atividade notarial delegada (art. 236, § 1º, da Constituição) deve se dar por conta e risco do delegatário, nos moldes do regime das concessões e permissões de serviço público. 4. Conforme decidido pela Segunda Turma no

juízo do Recurso Especial 1.087.862/AM, em caso de danos resultantes de atividade estatal delegada pelo Poder Público, há responsabilidade objetiva do notário, nos termos do art. 22 da Lei 8.935/1994, e apenas subsidiária do ente estatal. Precedentes do STJ. 5. **O Código de Defesa do Consumidor aplica-se à atividade notarial.** 6. Em se tratando de atividade notarial e de registro exercida por delegação, tal como in casu, a responsabilidade objetiva por danos é do notário, diferentemente do que ocorre quando se tratar de cartório ainda oficializado. Precedente do STF. 7. Não está configurada violação do art. 70 do CPC, na linha do raciocínio que solidificou a jurisprudência na Primeira Seção do STJ, no sentido de que é desnecessária a denunciação à lide em relação à responsabilidade objetiva do Estado, sem prejuízo do direito de regresso em ação própria. 8. A análise da tese de que não houve dano moral demanda reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 9. 'Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida' (Súmula 83/STJ). 10. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(STJ – REsp: 1163652 PE 2009/0207706-5, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 01/06/2010, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/07/2010) (BRASIL, 2010, grifo nosso).

Quanto às razões para a não aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços notariais e registrais, constatou-se o seguinte: i) que os tabeliães e os oficiais de registro não são fornecedores de serviços, mas delegatários de função pública conferida pelo Estado, dessa forma a natureza tributária das taxas cobradas pelos serviços tem previsão legal e não estabelecidas contratualmente; ii) que os cartórios são entes despersonalizados, desprovidos de patrimônio próprio, não caracterizado como empresa ou entidade por não possuírem personalidade jurídica, a qual só é adquirida através do registro da empresa na Junta Comercial ou Registro Civil das Pessoas Jurídicas, isso faz com que os cartórios e seus serviços sejam sujeitos ao controle e fiscalização do Poder Judiciário de cada Estado nos termos da legislação; iii) que existe um entendimento de que a relação existente entre cartórios e usuários não é de clientela e sim uma relação de caráter de autoridade certificante através da fé pública concedida pelo Estado (LUIZ, 2018).

Nesse sentido, trazemos a jurisprudência abaixo:

PROCESSUAL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TABELIONATO DE NOTAS. FORO COMPETENTE. SERVIÇOS NOTARIAIS. – **A atividade notarial não é regida pelo CDC.** (Vencidos a Ministra Nancy Andrighi e o Ministro Castro Filho). – O foro competente a ser aplicado em ação de reparação de danos, em que figure no pólo passivo da demanda pessoa jurídica que presta serviço notarial é o do domicílio do autor. – Tal conclusão é possível seja pelo art. 101, I, do CDC, ou pelo art. 100, parágrafo único do CPC, bem como segundo a regra geral de competência prevista no CPC. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ – REsp: 625144 SP 2003/0238957-2, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 14/03/2006, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: – DJ 29/05/2006 p. 232LEXSTJ vol. 202, p. 131REVFOR, vol. 387, p. 275) (BRASIL, 2006, grifo nosso).

Em vista disso, reitera-se que o tema ainda não está pacificado na doutrina e na jurisprudência brasileira.

### 3 O CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE: ÓRGÃO DE DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA, PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR E INTERVENCIÓNISMO ESTATAL

No ano de 1962 surgiu no Brasil a primeira lei de defesa da concorrência, a Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, que regulamentava o artigo 148 da Constituição Federal de 1946 e que criou o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE. À época, o órgão era composto por cinco membros nomeados pelo Presidente da República, mais quatro Conselheiros, e as competências de investigação e julgamento pertenciam ao CADE. Sua atuação nesse período, entre a década de 1960 e meados dos anos 1980, foi pouco significativa em razão dos governos ditatoriais intervencionista e concentracionista, com intensa política de controle de preços, além do estímulo governamental à criação de grandes grupos econômicos (SCHUARTZ, 2008).

No final da década de 1980, com a abertura da economia e os programas de estabilização, a política de defesa da concorrência ganhou um novo marco legal com a criação da Secretaria Nacional de Direito Econômico – SNDE, por meio da Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991, a qual foi um “esboço” para a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que transformou o CADE em autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, com autonomia administrativa e orçamento próprio (SCHUARTZ, 2008).

Posteriormente, em novembro de 2011 entrou em vigor a nova Lei de Defesa da Concorrência, a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, trazendo significativas mudanças, dentre elas, a formação de um Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, cujo objetivo principal era, e ainda é, a promoção de uma economia competitiva por meio da prevenção e da repressão de ações que possam limitar ou prejudicar a concorrência.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC é formado pelo CADE e pela Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência – SEPRAC do Ministério da Fazenda, sendo o CADE, o órgão responsável por zelar pela livre concorrência do mercado e responsável pela instrução dos processos administrativos de apuração de infrações à ordem econômica, bem como a análise dos processos de atos de concentração, e a SEPRAC, a secretaria responsável pela elaboração de estudos que analisam do ponto de vista concorrencial, políticas públicas, autorregulações e atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos e dos consumidores (CADE, 2019).

Como visto anteriormente, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a obrigação de proteger a livre a concorrência, e, ainda, reprimir os abusos do poder econômico (art. 170, IV, e parágrafo 4º, do art. 173, da CF/88). Em vista disso, a Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011) foi promulgada em consonância com esses preceitos, conforme prevê o artigo 1º da lei supramencionada:

Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico (BRASIL, 2011).

Desse modo, a fim de operacionalizar a defesa da concorrência, a lei em estudo estabeleceu as funções preventiva e repressiva do órgão. A autarquia federal tem a incumbência de analisar e decidir sobre as fusões, incorporações, associações, aquisições de controle, dentre outros atos de concentração econômica entre grandes empresas que possam apresentar risco à livre concorrência, o que corresponde a sua função preventiva. Assim como, analisa e coíbe as condutas anticoncorrenciais e as práticas infrativas à ordem econômica (carteis, vendas casadas, preços aleatórios, acordos de exclusividade, entre outras), que equivale à sua função repressiva. O órgão também desenvolve uma função educativa, a qual consiste na divulgação da cultura da livre concorrência, através de cursos, palestras e seminários (CARVALHO; RAGAZZO, 2013).

Alguns casos emblemáticos aprovados pelo CADE podem ser citados, para exemplificar sua atuação em benefício do consumidor. São eles:

- a) Colgate-Kolynos – com a aquisição da Kolynos, em 1996, a Colgate-Palmolive passou a deter 79% de participação de mercado em cremes dentais. O CADE determinou que a empresa deixasse de comercializar a marca Kolynos, que possuía 47% de participação de mercado, por quatro anos (CARVALHO; RAGAZZO, 2013);
- b) Ambev – a empresa resultou da união, no ano de 1999, entre a empresa Companhia Antarctica Paulista e a Cervejaria Brahma, a qual passou a controlar cerca de 90% do mercado de cerveja. O CADE impôs à Ambev que se desfizesse de uma das três marcas líderes, Skol, Brahma ou Antarctica, a fim de oferecer infraestrutura

operacional e logística à empresa compradora para que ela se fixasse no mercado, com o propósito de preservar a concorrência no segmento cervejeiro (CARVALHO; RAGAZZO, 2013); e

- c) Nestlé-Garoto – o CADE vetou a compra da fabricante brasileira Garoto pela multinacional suíça Nestlé em 2002, por entender que o negócio tinha um alto potencial lesivo à concorrência, pois a empresa passaria a deter uma participação excessiva, de 60%, do mercado de chocolates. A Nestlé entrou na Justiça contra a decisão e até hoje o processo de aquisição arrasta-se nos tribunais (CARVALHO; RAGAZZO, 2013).

Assim, pois, pode-se afirmar que a atuação do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE cumpre os preceitos constitucionais da defesa da livre concorrência, bem como da defesa do consumidor.

Uma questão essencial, porém, refere-se aos limites da atuação do Estado por intermédio da autarquia. Sabe-se que a principal função do órgão é zelar pela livre concorrência, e conseqüentemente, pela proteção do consumidor, conforme verificado. Mas quais seriam os limites desta intervenção na atividade econômica?

A Constituição Federal de 1988 adotou um modelo econômico baseado na atividade dos agentes econômicos particulares e não no Estado, abandonando a posição intervencionista das constituições anteriores. Houve expressa preocupação em colocar o Estado como ente subsidiário, deixando que os agentes de mercado tivessem a gerência da economia da nação (RAGAZZO, 2006).

O texto constitucional que trata da ordem econômica e financeira do país se encontra no Título VII da atual Constituição, estabelecendo no artigo 170 os fundamentos e princípios norteadores da ordem econômica brasileira, *in verbis*:

Art. 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (BRASIL, 1988).

Verifica-se, portanto, que além dos fundamentos como a livre iniciativa e a valorização do trabalho, o dispositivo traz princípios, dentre os quais se destacam a livre concorrência (inciso IV) e a defesa do consumidor (inciso V).

Nesse sentido, Ragazzo (2006, p. 91) salienta,

[...] O propósito explícito da previsão constitucional a esse respeito era o de afastar a interpretação liberal clássica no sentido de que a livre iniciativa seria absoluta e que, em consequência, dela decorreria a livre concorrência. Reconheceu a Constituição que, de fato, há a possibilidade de distorções no mercado causadas em função do poder econômico de determinados agentes de mercado. E, por conta disso, deixou claro que a presença do Estado (na sua vertente fiscalizadora) assegura a liberdade dos e entre os agentes econômicos.

Dessa forma, é importante ressaltar que, ao mesmo tempo que a Carta Constitucional, por meio do princípio da livre concorrência assegura a liberdade dos agentes econômicos, também permite a intervenção estatal para a regulamentação e fiscalização da atividade econômica, conforme preceitua o artigo 174, da Constituição Federal de 1988, nestes termos:

Art. 174 Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (BRASIL, 1988).

Assim, pode-se afirmar que a Constituição Federal de 1988 adota um modelo econômico neoliberal, no qual o Estado não intervém na economia de modo amplo, mas atua como regulamentador e normatizador das atividades econômicas, com as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

A função de fiscalização consiste na atribuição do Estado em fazer cumprir os princípios gerais da ordem econômica agindo preventivamente e repressivamente. Quanto ao incentivo, este se configura no estímulo ao progresso da atividade econômica. Já a função de planejamento, trata dos planos plurianuais, diagnósticos e prognósticos para soluções de problemas futuros (NUNES, 2010).

Ademais, permite-se a atuação estatal direta por meio das empresas estatais, conforme preleciona o artigo 173, da Lei Maior:

Art. 173 Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Tal atuação, portanto, se dá consoante o interesse público ou razões de segurança nacional.

Outrossim, visa a proteção da livre concorrência, conforme se extrai do parágrafo quarto, do artigo 173, a saber: “§ 4º – lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (BRASIL, 1988).

Desse modo, ainda que o Estado esteja fora da exploração da atividade econômica, não pode ficar alheio a esta, pois é obrigado a tutelar o interesse do cidadão consumidor, o qual não poderá ficar à mercê das condutas nocivas do mercado, como por exemplo, o oferecimento de produtos e serviços de baixa qualidade, preços abusivos, entre outros. Tais práticas poderão ser cessadas pelo Estado por intermédio do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE.

## 4 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou demonstrar as transições do Estado brasileiro, no tocante a sua atuação na atividade econômica, objetivando discutir quais os limites de sua atuação através do órgão de defesa da concorrência, o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE.

Primeiramente, observou-se que a legislação brasileira sofreu forte influência dos ideais do liberalismo econômico defendido pelo filósofo Adam Smith, razão pela qual nas primeiras constituições não havia qualquer menção à intervenção do Estado no âmbito econômico, fato que só ocorreu a partir da Constituição Federal de 1937. Posteriormente, o sistema econômico brasileiro passou por um momento de intervencionismo extremo no período da ditadura militar, onde não havia livre concorrência, o que ocasionou a pouca eficácia das políticas de defesa da concorrência.

Nesse contexto, foi feita uma breve evolução histórica da atuação estatal ao longo das constituições brasileiras, demonstrando que na atual Constituição Federal adotou-se o modelo econômico neoliberal, invocando os princípios, tais como, o da livre concorrência e o da defesa do consumidor para nortear a ordem econômica brasileira.

Do mesmo modo, foi abordada a atuação do Estado nas relações consumeristas, expondo sua obrigação em proteger o consumidor por

meio da edição de normas, tal como o fez através da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, discorreu-se sobre a possibilidade de aplicação das normas de defesa do consumidor aos serviços públicos que são prestados pelo Estado de forma descentralizada (*uti singuli*) e aos serviços próprios do Estado que só devem ser prestados por órgãos ou entidades públicas, sem delegação a particulares (*uti universi*), evidenciando que é possível a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos divisíveis ou *uti singuli*, remunerados por tarifa ou preço público, como por exemplo, os serviços de fornecimento de água tratada, energia elétrica e transporte público, entre outros, geralmente operados por concessionária.

Assim como, discutiu-se sobre a possibilidade desta mesma aplicação aos serviços notariais e registrais explanando que o tema ainda não está pacificado, devido a existência de grandes divergências na doutrina e na jurisprudência a respeito.

Por fim, restou evidenciado que a Constituição Federal de 1988, por meio do princípio da livre concorrência, assegura a liberdade dos agentes econômicos, mas esta mesma Constituição permite a intervenção estatal nos casos de infrações contra a ordem econômica que podem prejudicar a sociedade brasileira.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Carlos Roberto Vieira. **História do pensamento econômico**: uma abordagem introdutória. São Paulo: Atlas, 1995.

BRASIL. [Constituição (1937)]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962**. Regula e repressão ao abuso do Poder Econômico. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137.htm). Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm). Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991**. Institui normas para a defesa da concorrência e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8158.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8158.htm). Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm). Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm). Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 625.144 SP 2003/0238957-2**. Recorrente: Luciana Dahmen. Recorrido: 4º Tabelionato de Notas de Campinas. Relator: Ministra Nancy Andrighi. São Paulo, 14 mar. 2006. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7159205/recurso-especial-resp-625144-sp-2003-0238957-2-stj/relatorio-e-voto-12880558>. Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.163.652 PE 2009/0207706-5**. Recorrente: João Dias de Andrade. Recorrido: José Grimberg e outro. Relator: Ministro Herman Benjamin. Pernambuco, 01 de junho de 2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19138629/recurso-especial-resp-1163652-pe-2009-0207706-5/inteiro-teor-19138630>. Acesso em: 30 maio 2021.

CADE. **Acesso à informação**. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/acesso-a-informacao/institucional>. Acesso em: 30 maio 2021.

CARVALHO, Vinícius Marques de; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Defesa da concorrência no Brasil**: 50 anos. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Brasília, 2013. Disponível em: [https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2013/11\\_09\\_2013\\_cade\\_-\\_defesa\\_da\\_concorrencia\\_no\\_brasil\\_50\\_anos.pdf](https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2013/11_09_2013_cade_-_defesa_da_concorrencia_no_brasil_50_anos.pdf). Acesso em: 30 maio 2021.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; NETO SACCO, Fernando. **Manual de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto; FUHRER, Marília Stephane Campos. **Resumo de direito do consumidor**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. (Coleção Resumos, 13).

HUNT, Emery Kay. **História do pensamento econômico**. Tradução José Ricardo Brandão Azevedo e Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

LUIZ, Ana Clara Piclum Britto. **Possibilidade de aplicação do código de defesa do consumidor na rede cartorária**. 2018. 41 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Curso de Direito, UniEvangélica, Anápolis, 2018. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/handle/aee/769>. Acesso em: 30 maio 2021.

MEDICI, Alejandro. **El malestar em la cultura jurídica**: ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2011. Disponível em: <https://libros.unlp.edu.ar/index.php/unlp/catalog/book/265>. Acesso em: 30 maio 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MORATO, Nilton. **A repercussão jurídica da aplicação do código de defesa do consumidor aos serviços notariais e de registro**. Brasília, 2009. 68p. Monografia (Especialização) – Instituto Brasiliense de Direito Público. Disponível em: [https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/172/1/Monografia\\_Nilton%20Morato.pdf](https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/172/1/Monografia_Nilton%20Morato.pdf). Acesso em: 30 maio 2021.

NUNES, Andrine Oliveira. Intervenção estatal: o papel do estado na economia. **Revista Argumentum**, v. 11, n. 1, p. 145-159, jan./dez. 2010. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1056>. Acesso em: 30 maio 2021.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência. **Scientia Iuris**, v. 10, p. 83-96, 2006. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/4110>. Acesso em: 30 maio 2021.

SADER, Emir; GENTILI, Pablo. **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

SCHUARTZ, Luis Fernando. **A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência**. FGV Direito Rio – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. p. 1-26. (Textos para discussão, 007). Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/1762>. Acesso em: 30 maio 2021.

SOUZA, Nadialice Francischini de. Limites da intervenção do Estado nas relações de consumo. **Revista Argumentum**, v. 11, p. 269-271, jan./dez. 2010. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1063/657>. Acesso em: 30 maio 2021.

# TELEMEDICINA: PERSPECTIVAS E ANÁLISE DA DEFICIÊNCIA LEGISLATIVA FRENTE A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Paulo Junior Trindade dos Santos  
Joana Alice De Ré

## RESUMO

Objetiva-se com o presente artigo entender e analisar o destaque da telemedicina para preservação de vários direitos, inclusive o direito à saúde e à vida, evidenciar suas lacunas normativas insuficientes para regulamentar todos os detalhes da telemedicina, trazendo reflexões sobre a transmissão de dados à luz da Lei Geral de Proteção de Dados e quais as suas deficiências de escopo para norteá-la de maneira correta e detalhista. Bem como, entender as transformações digitais e analisar qualitativamente quais detalhes da telemedicina necessitam de tutela com relação a transmissão de dados e como introduzir de modo eficaz que proporcione vastas possibilidades advindas da tecnologia. Para tanto, utilizou-se de metodologia qualitativa, ao realizar análises de artigos científicos e regulamentações governamentais. Como resultado, foram encontrados diversos exemplos de benefícios e malefícios da telemedicina e da transmissão de dados. Infere-se, da análise, que há sinais de que a insuficiência no teor das regulamentações desmantela a segurança jurídica em alguns aspectos, inclusive o de responsabilidade.

**Palavras-chave:** Telemedicina. Tecnologia. LGPD. Regulamentação.

## ABSTRACT

*The aim of this article is to understand and analyze the importance of telemedicine for the preservation of various rights, including the right to health and life, to highlight its regulatory gaps that are insufficient to regulate all the details of telemedicine, bringing reflections on the transmission of data to*

*light of the General Data Protection Law and what are its scope deficiencies to guide it in a correct and detailed manner. As well as, understand the digital transformations and qualitatively analyze which details of telemedicine need tutoring in relation to data transmission and how to effectively introduce it that provides vast possibilities arising from the technology. For that, a qualitative methodology was used, when performing analyzes of scientific articles and government regulations. As a result, several examples of benefits and harms of telemedicine and data transmission were found. It is inferred, from the analysis, that there are signs that the insufficiency in the content of the regulations dismantles the legal certainty in some aspects, including the one of responsibility.*

**Keywords:** Telemedicine. Technology. LGPD. Regulation.

## 1 INTRODUÇÃO

A expansão tecnológica foi determinante em muitos aspectos das relações humanas, e denota indícios de uma nova fase mundial que passa a alterar todas as configurações atualmente existentes. Novas formas de viver foram surpreendentemente introduzidas na rotina das pessoas, que proporcionou comodidades anteriormente não cogitadas. Esse cenário favoreceu a troca e acesso de dados, tornando suscetível e fácil a violação de dados que devem ser tutelados.

A telemedicina, que era tida como uma alternativa cogitada para tempos distantes, nos últimos meses foi uma alternativa de proporcionar a saúde a população e manter a integridade dos profissionais e usuários dos sistemas de saúde diante da pandemia mundial do Coronavírus (COVID-19). Tais adaptações transformaram a tecnologia como fator preponderante, para que telemedicina ocorresse e inclusive preservasse a integridade dos profissionais da saúde e pacientes. Visando cumprir o Artigo 196 da Constituição Federal do Brasil, que elenca a saúde como um direito

fundamental a ser administrado pelo Estado, a telemedicina foi normatizada temporariamente, a ocorrer durante a pandemia pela lei temporária 13.989 de 15 de abril de 2020. Mas, ante a esse detalhe, ao ocorrer essa fácil troca de dados, é importante compreender que há uma necessidade de segurança jurídica sobre a preservação de sigilo e confidencialidade.

A telemedicina tem conceitos diferentes, não tem uma definição única, mas é uma prática médica mediada pela tecnologia que tem a distância como uma objeção. A telemedicina tem sido realizada com sucesso em alguns países, inclusive melhorando o valor da tecnologia e uma perspectiva mais ampla, entendendo como usá-la para o benefício das pessoas. Além de desenvolver e promover esses ideais de saúde e bem-estar social, também é possível ampliar o escopo dos serviços de saúde, controlar a propagação de doenças, controlar custos e avançar na oferta de mão de obra qualificada e possíveis métodos de prevenção. A medicina evita muitos problemas de saúde ou os descobre a tempo de garantir uma melhor qualidade de vida aos usuários. Pelas condições que impedem a todos de realizar e desenvolver o direito à saúde, o Brasil é um país que oferece oportunidades de expansão da telemedicina.

O que impede a disseminação da telemedicina no Brasil é a brecha regulatória que a impede de se expandir. Devido às diferentes formas de troca de informações e dados, é importante entender os riscos dos meios de transmissão que podem causar interrupções. Muitos detalhes precisam ser monitorados, incluindo a segurança dos participantes, sejam eles pacientes ou profissionais de saúde. Atualmente, o foco e o objetivo da supervisão da telemedicina é construir pontes mais eficazes durante a pandemia, sem fornecer qualquer supervisão especial e melhoria e estabilidade.

Foram feitas pesquisas utilizando-se de metodologia qualitativa, analisando a exposição de alguns pesquisadores em artigos científicos e buscando evidências científicas em relação ao status regulamentador

de dados e da telemedicina no Brasil, suas perspectivas travadas devido a lacunas embargantes das possibilidades para a telemedicina, para a segurança dos usuários e dos médicos, objetivando compreender tais leis e resoluções, identificando inconveniências.

## 2 A VIABILIDADE DA EXPANSÃO DA TELEMEDICINA ATRAVÉS DOS AVANÇOS TECNOLÓGICOS

A tecnologia sempre foi relacionada a inovações, que por serem diferentes do usual possibilitam eficácias relevantes nos processos de produção. Por intermédio de estudos das ciências humanas aplicadas, considera-se ainda o homem em uma posição central ante a tecnologia, ao factualmente ser impossível desconsiderar o conhecimento humano aplicado aos processos de produção, que evidentemente constroem temporalmente inovações que resultam em tecnologias. Gradualmente, atrelada ao enlace entre a mão de obra especializada e a capacitação tecnológica da população, culminam em amplitudes e adaptações passíveis de facilitar e inovar os modelos de realização das atividades cotidianas (OLIVEIRA, 2001).

Ao considerarmos a telemedicina, é importante compreender que a telemedicina historicamente antecede o surgimento de métodos de comunicação eletrônica; a telemedicina é definida pelo exercício de atividades médicas por intermédio de tecnologias<sup>1</sup>. É uma área de assistência médica que encontra-se em pleno desenvolvimento mundial, ao ser alavancado como alternativa nos últimos tempos e devido a pandemias alarmantes, possibilitando o fornecimento de serviços de atenção à saúde de forma remota. Essa prática da medicina através de tecnologias possui distintas

<sup>1</sup> A definição está disposta no Artigo 3º da Lei 13.989/2020, lei temporária sancionada em 15 de abril de 2020 (BRASIL, 2020).

finalidades, todas voltadas ao acesso democrático da saúde: propósitos assistivos, educativos, consultivos, promoção da saúde. Tendo em vista as desigualdades no acesso à saúde, a telemedicina é cabível mundialmente como um modo de permitir que os indivíduos tenham alcance a esses cuidados em um mundo repleto de desigualdades e envolto em realidades tão distintas (BINDA FILHO; ZAGANELLI, 2020). A tecnologia é a base para que a telemedicina aconteça. Atualmente, conforme censo do Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic) do ano de 2019, a maior parte da população já possui acesso à internet, a aparelhos móveis e outros itens que possibilitam o acesso à informação e que diminuam a distância enquanto uma objeção nas relações humanas, inclusive as relações de trabalho<sup>2</sup>.

O dispositivo mais utilizado pela população em geral é o aparelho celular, que indica 99% de uso pela população, refletindo em atividades executadas através da internet sendo mais comuns as atividades de comunicação, ou seja, aplicativos que possibilitem interações entre os usuários, por intermédio de mensagens ou chamadas de voz ou vídeo. Tais dados, levam a observação de que os brasileiros possuem capacidades tecnológicas, para compor novos moldes nas relações humanas, que obviamente denota a necessidade de atenção às legislações para que condutas imorais e ilegais não venham a ferir direitos, causando danos (CETIC, 2019).

A telemedicina tem potencial de crescimento diante das condições tecnológicas no Brasil, oferecendo amplas possibilidades de solucionar problemas desafiadores sobre a garantia da saúde à população, ademais o Brasil reúne características que ensejam a utilização eficaz da Telemedicina. A garantia à saúde no Brasil é uma responsabilidade governamental, de cunho universal, integral e equânime; a extensão

<sup>2</sup> Conforme a Cetic (2019), 71% dos domicílios brasileiros possuem acesso à internet, sendo a localidade brasileira com menor porcentagem é a região nordeste, indicando 65% dos domicílios. Nas áreas rurais, atualmente são mais de 50% dos domicílios com acesso à internet.

territorial, desigualdade na distribuição de serviços e recursos médicos, melhor rede de telecomunicações da América Latina em geral, sinalizam o grande potencial de expansão da telemedicina no país, mas que demonstra desafios legislativos, que incidem inclusive sobre a responsabilidade civil (MALDONADO; MARQUES; CRUZ, 2016).

### 3 DIFUSÃO DA TELEMEDICINA

Cimatti (2014) destacou que a telemedicina começou com o primeiro grupo de pesquisa da Universidade Estadual de Campinas em 1980, que foi construído em torno do núcleo da informática. Em 1999, o Hospital Sírio Libanês, em São Paulo, lançou seu primeiro projeto privado, que produziu um segundo conjunto de laudos médicos por meio de videoconferências com alguns centros hospitalares. Atualmente, a Universidade de São Paulo está realizando uma série de pesquisas e implementação no campo da telemedicina, destacando o propósito educacional de virtualizar o corpo humano por intermédio de desenhos gráficos que com fins educacionais, explicam o funcionamento dos seres humanos.

Por iniciativa do governo, o plano de telemedicina é desenvolvido pelo programa nacional de telemedicina Brasil Redes desde 2007. Tem como objetivo atender às necessidades do Sistema Único de Saúde (SUS) por meio da promoção de tecnologias de telemedicina em áreas medianamente necessárias. A expansão foi ampliada em 2011 e expandida para 11 estados<sup>3</sup> em 2014. Além disso, por meio das ações do governo e das universidades e do Ministério da Saúde e Educação, para promover a interação entre as universidades, está sendo criada uma rede de universidades, que pode

<sup>3</sup> Ocorreu a expansão do programa de Telemedicina Brasil Redes nos estados do Amazonas, Ceará, Goiás, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, São Paulo e Tocantins.

ser transformada em um programa permanente por meio da realização de atividades potencialmente úteis para a telemedicina<sup>4</sup> (CIMATTI, 2014).

Segundo Cimatti (2014), a falta de investimento privado e a falta de tais serviços de telemedicina na tabela de serviços de saúde indicam falta de supervisão e falta de apoio profissional, porque algumas questões exigem profissionais especializados. Isso também é exigível em situações de emergência.

Desde meados de 2014, a telemedicina conforme Wen (2015) permite que profissionais médicos se conectem em toda a rede de informações e troquem experiências, o que afeta pacientes e médicos em termos de frequência de contato e habilidades de comunicação, ajustando e melhorando os sistemas e serviços. Tendo em conta o progresso tecnológico e a necessidade da telemedicina, relações médicas e de engenharia com enfoque na informática, telecomunicações e tecnologia desenvolveram em conjunto software e/ou sistemas que promovam a saúde. Este será um detalhe, pois diante de tais avanços, Wen (2015) cogita a possibilidade de obter informação e educação no sistema de saúde, proporcionando aos médicos possíveis pesquisas e oportunidades de atualização profissional para o alcance de eficácia na oferta de serviços. Como marco, a telemedicina passou a ter destaque no Brasil e foi incluída na estratégia governamental de promoção da saúde, educação e assistência social, incluindo a adaptação ao ensino das universidades brasileiras (WEN, 2015).

Sergio Litewka (2005) enfatizou que o sistema de saúde existente na América Latina requer mudanças estruturais. Dado o estado atual do sistema de saúde da América Latina, será extremamente difícil para a telemedicina realmente existir e ser lucrativa.

---

<sup>4</sup> As universidades buscam atuar em conjunto com fins acadêmicos, para ampliar a troca de conhecimento e elaboração de atividades que possam ter utilidade para a comunidade médica.

## 4 DESAFIOS DA TELEMEDICINA PERANTE A TROCA DE DADOS

A grande vantagem do uso da telemedicina é a forma como ela acontece: utilizando de meios tecnológicos que permitem igualdade no acesso à saúde, independentemente de qualquer condição, incluindo a localização. Muitas populações vulneráveis a esse acesso seriam beneficiadas (LOPES; OLIVEIRA; MAIA, 2019). A telemedicina, ante a tecnologia e troca de dados, possibilita inclusive a realização de exames médicos e acompanhamento a distância da situação dos pacientes, alternativamente acessibilizando a saúde ao ter um caráter funcional de troca de informações. Essa intercorrência de realização de telexames é simples e de grande usabilidade, ao direcionar com rapidez aos profissionais da saúde, o que permite telediagnósticos pela fácil análise de dados (FLORÊNCIO *et al.*, 2020).

Conforme algumas estimativas, a telemedicina seria uma forma de reduzir a carga de trabalho dos profissionais e os resultados seriam praticamente equalizados, tendo em vista novos moldes de diagnosticar pacientes, sem o contato físico de modo efetivo. Segundo a pesquisa “Conectividade e Saúde Digital na vida do médico brasileiro” da Associação Paulista de Medicina, a maioria dos médicos – equivalente a 90% – apostam na telemedicina como forma de melhoria na saúde pública e particular, pelo simples fato de grande parte dos médicos já utilizarem de outras ferramentas para compor seus atendimentos, não mais fazendo-se necessários os contatos físicos. Diante deste novo cenário ao exercer serviços de saúde, tais atendimentos mediados pela tecnologia ainda não possuem detalhes definidos, como a responsabilidade médica, remuneração ou não sabem como realizar cobranças por tal serviço, o que demonstra a necessidade de adaptação focada, inclusive nas leis que tratam de Dados (ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE MEDICINA, 2020).

O desafio enfrentado pela telemedicina é a regulamentação, que segundo 43.76% dos médicos é uma objeção para que a ampliação ocorra, em que profissionais da saúde, em específico os médicos, esperam uma regulamentação para alastrar a telemedicina – representa 64% das opiniões dos entrevistados (ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE MEDICINA, 2020).

De acordo com Marquez V (2020), 60% do diagnóstico médico foi compatível com o resultado do exame, o que denota maior utilização de meios sem contato físico para compor o diagnóstico. O restante – 40% – corresponde ao exame físico, o que ainda gera insegurança que os métodos técnicos de diagnóstico possam causar erros. A desumanização e simplificação da medicina pode ser o próximo aspecto penoso para a expansão da telemedicina. Embora todas as medidas técnicas tenham sido tomadas para garantir a privacidade e segurança, pode até mesmo colocar em risco os dados confidenciais.

Conforme Wen (2008), a importação e aplicação da telemedicina não é simples, merecendo atenções especiais para que não venha implementá-la de modo banalizado, imputando responsabilidades em desacordo com as esferas que forem instituídas. São necessárias adequações, tais seriam o treinamento dos profissionais, logística, definição de regulamentação que organize os pontos-chaves da telemedicina. Essas adaptações devem ser avaliadas de forma criteriosa e seletiva, afinal ela envolve muitos recursos que podem ferir direitos ou gerar impactos negativos. A inovação crucial da telemedicina são os recursos tecnológicos, e por isso exige uma estrutura, normativa e logística.

É cabível compreender a transferência de dados entre pacientes e médicos. A qualidade e cuidado na transferência de dados é importante porque a comunicação requer saber se foi entendida corretamente, em outras palavras, para obter o diagnóstico correto e as prescrições de tratamento,

são necessárias ferramentas que garantam de maneira eficaz a transmissão correta e de alta qualidade dos dados (FRANÇA, 2000).

Chueke (2015) dispõe sobre a telemedicina a prescrição online do medicamento, que por meio de receita e de uma assinatura válida digital, também age em favor do paciente e é uma facilidade para ambas as partes, médico e paciente. Os sistemas de informação podem mudar todo o departamento em torno deste novo ambiente de telemedicina, pois possuem mecanismos e tratam de todo o sistema, regulam e recomendam medidas para melhorar a eficiência, para evitar erros e problemas causados pelo fornecimento insuficiente de segurança jurídica em torno de toda a troca de dados em decorrência da telemedicina.

## 5 DESAFIOS JURÍDICOS DA TELEMEDICINA

A autorização para que a telemedicina viesse a concretizar-se factualmente no Brasil ocorreu em caráter excepcional, ao ser regulamentada pela Lei 13.989/2020, que especifica sua temporalidade, conforme o artigo primeiro. Isso demonstra o despreparo do Brasil frente aos desafios legislativos que a telemedicina abrange, justamente ao demonstrar a necessidade de tratar de aspectos que detalhadamente.

As regulamentações existentes sobre a telemedicina foram formuladas diversas vezes, em resposta a todas as superficialidades legislativas sobre modalidade de exercício médico. Em meados de 2002, uma resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) conceituou os serviços de telemedicina, seus objetivos, estabeleceu também definições específicas, no que tange a infraestrutura tecnológica que lhes fosse pertinente e que preservasse confidencialidade no geral. Isso demonstra a questão que envolve a Lei Geral

de Proteção de Dados, ao tratar da confidencialidade e relação médico-paciente (CFM, 2002)<sup>5</sup>.

Nesta resolução do Conselho Federal de Medicina de 2002, previu-se a responsabilidade médica superficialmente, obrigatoriedade instituída para cadastro de empresas prestadoras dos serviços de telemedicina junto ao Cadastro de Pessoa Jurídica do Conselho Regional de Medicina do estado cujo estaria situada, instituindo que qualquer atendimento médico somente via pessoa jurídica (CFM, 2002).

Após esta primeira resolução, entre 2018 e 2019 teve a elaboração de nova Resolução do CFM, de número 2.227. A nova resolução deixou de ter um caráter textual sucinto, para ser detalhado em relação a primeira, com um teor mais desenvolvido sobre telemedicina, impondo de maneira regulamentada sobre sua abrangência, definições específicas, integridade dos dados presentes na teleconsulta, obrigatoriedade de determinados requisitos, entre outros. As modalidades de telemedicina avançaram, e foram consideradas a teleconsulta, telecirurgia, tele triagem, tele interconsulta, telediagnóstico, tele vigilância, teleorientação e teleconsultoria (CFM, 2018).

No teor da resolução do CFM 2227/2018 compeliu-se a necessidade de estabelecer características e normas específicas e legítimas a cada modalidade, com o intuito de excluir normas gerais para a telemedicina genericamente (CFM, 2018). A nova resolução formalmente iria revogar a resolução anterior do CFM, após a sua publicação. Porém não chegou a entrar em vigor com plena eficácia ao ser revogada prontamente anterior sua publicação oficial, resultando em uma nova elaboração: a Resolução CFM de número 2.228. Esta revogou a anterior, mas restabeleceu a mesma resolução

<sup>5</sup> Dita o artigo segundo da Resolução CFM nº 1.643/2002: “Os serviços prestados através da Telemedicina deverão ter a infra-estrutura tecnológica apropriada, pertinentes e obedecer às normas técnicas do CFM pertinentes à guarda, manuseio, transmissão de dados, confidencialidade, privacidade e garantia do sigilo profissional” (CFM, 2002).

de número 1643, utilizando-se de mesmo escopo, causando instabilidade e desordem jurídica (CFM, 2019).

Ao restabelecer a vigência da resolução anterior de 2002, a Resolução CFM no. 2.228 (CFM, 2019) não efetivamente proibiu o exercício da telemedicina no Brasil, mas foi completamente genérica, em parâmetros jurídicos, a própria Resolução CFM no. 1.643 ainda estaria em vigor até os dias atuais, pela matéria textual apresentada. Esse fato criou muita incerteza na comunidade médica, e muitas questões sobre como lidar com fatos médicos por meio da mídia ainda são incertas.

A maior dúvida é sobre as divergências presentes entre a regulamentação do Conselho Federal da Medicina e o Código de Ética Médica – a intersecção destas áreas, é conexa à Lei Geral de Proteção de Dados, ao compreendermos a troca de dados pessoais. Ademais, a regulamentação do CFM não impede o exercício da telemedicina, porém, no ano de 2019 foi publicado o Código de Ética Médica que proíbe prescrição de tratamentos e/ou procedimentos sem exames. Há uma instabilidade na regulamentação genérica, que evidencia a necessidade de elaborar algo mais detalhado que ultrapasse sua temporalidade e que abranja todos os detalhes, inclusive responsabilidade médica (GARCIA; GARCIA, 2020).

A relação dos dados com a tecnologia para Garcia e Garcia (2020) é um tópico interessante sobre a ética médica e as responsabilidades legais dos fatos que envolvem a telemedicina. Existe o risco de vazamento de dados e as responsabilidades por esses problemas precisam ser claramente definidas. Os médicos que usam a telemedicina também podem usar softwares e programas que ajudam logicamente a diagnosticar e armazenar dados, mas é importante atribuir a responsabilidade pela proteção da confidencialidade e privacidade dos dados. Vasconcelos (2020) explica a possibilidade de aplicar esta questão à lei geral de proteção de dados, que foi formulada para regulamentar a forma como os dados são processados.

Além disso, no caso de erros de diagnóstico ou tratamento, os médicos que prestam serviços médicos remotos e usam programas, aplicativos ou softwares para tornar o diagnóstico mais preciso, não se sabe quem é o responsável pelo erro e também é um desafio jurídico de supervisão da telemedicina (FRANÇA, 2000).

Do ponto de vista da constituição e da proteção dos direitos fundamentais, a Constituição Federal (1988) declarou a saúde como um dos direitos fundamentais garantidos pelas políticas públicas, sociais e econômicas para reduzir o risco de doenças. Supervisão, controle e ajuste devem ser realizados pelo estado para tornar a gestão conveniente e absoluta. De acordo com Lopes, Oliveira e Maia (2019), o Artigo 196 da Constituição Federal, que promove a saúde universal, a telemedicina é adequada para integrar o sistema de saúde ao cotidiano dos cidadãos e moldar a ordem pública de acordo com a Constituição Federal, não apenas como forma de profissionalização em circunstâncias especiais. Assim, vemos que a aprovação da Lei nº 13.979/2020 tem como base a Constituição, ao tentar alternativas na forma de garantir a saúde.

## 6 A LEI DE GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS EM RELAÇÃO A TELEMEDICINA

A Lei Geral de Proteção de Dados<sup>6</sup> foi publicada em 14 de agosto de 2018, com vigência a partir de agosto de 2020. Seu objetivo é regular as atividades que envolvam todas as formas de tratamento de dados pessoais no Brasil, aplicando-se a qualquer pessoa (física ou jurídica) que realize o tratamento de dados pessoais.

<sup>6</sup> Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018: a Lei Geral de Proteção de Dados (BRASIL, 2018).

Explana-se na lei o regulamento dos dados, que devem seguir preceitos que, ao relacionar com a telemedicina, diz-se acerca do respeito à privacidade, inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, e os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania. Ao pensarmos em telemedicina, sabe-se que a grande troca de dados pessoais, atrelam-se a intimidade e privacidade ao tratar de assuntos pessoais, ainda que relacionados à saúde.

Dados pessoais, conforme a Lei Geral de Proteção de Dados, são todo e qualquer tipo de informação relacionada a pessoa natural, independentemente de identificação. Ademais, é cabível considerar que a lei ainda determina dados pessoais sensíveis, que são todos aqueles relacionados a informações de caráter étnico, religioso, político, ainda também referente à saúde ou à vida sexual, genética e outros, quando vinculados a uma pessoa natural e que necessitam de uma tutela específica por intermédio de leis ao sofrer risco de exposições graves.

É importante relacionar e analisar as resoluções do Conselho Federal de Medicina à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. A resolução 1.643/2002, que continua em vigência, sobre a confidencialidade em seu artigo segundo<sup>7</sup> que fala sobre uma infraestrutura tecnológica adequada para que os serviços prestados garantem um manuseio seguro dos dados transmitidos e sigilo. O conteúdo básico da LGPD é definido no artigo 2º, e as suas disposições remetem para o poder constitucional do artigo 6º da LGPD de intervir diretamente no tratamento de dados pessoais (qualidade dos dados, transparência e não discriminação).

Na verdade, esses princípios devem ser seguidos como diretrizes para o tratamento de dados pessoais e interpretação da LGPD.

<sup>7</sup> Artigo segundo da Resolução 1.643/2002: “Os serviços prestados através da Telemedicina deverão ter a infra-estrutura tecnológica apropriada, pertinentes e obedecer às normas técnicas do CFM pertinentes à guarda, manuseio, transmissão de dados, confidencialidade, privacidade e garantia do sigilo profissional” (CFM, 2002).

Um detalhe importante, é o zelo jurídico pelas pessoas naturais conforme o Artigo 5º, inciso I, pois na relação médico paciente, temos em vista pessoas naturais tendo uma relação profissional. Outrossim, há um cuidado abordado neste sentido, mas que não preleciona sobre proteção referente a pessoas falecidas. Sabe-se que o exercício da medicina também engloba a morte, e que dados em relação a isso são considerados também sensíveis. É importante pensar em maneiras de criar alguma proteção adicional aos dados de pessoas falecidas.

Ademais, com relação a territorialidade, a LGPD trata da transmissão de dados realizados no território brasileiro ou no exterior, se a coleta desses dados for realizada no Brasil ou se houver relação com indivíduos localizados no território brasileiro, ou o objetivo a oferta de produtos e/ou serviços o público brasileiro<sup>8</sup>. Os pressupostos de processamento enumerados no artigo 4.º estão claramente excluídos do âmbito dos regulamentos. Vale ressaltar o amplo escopo do termo processamento de dados, que considera irrelevantes os meios e / ou a forma de processamento dos dados e abrange uma ampla gama de atividades (coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, cópia, transmissão, em digital e Disseminação, processamento, arquivamento, armazenamento, descarte, avaliação ou controle de informação, modificação, comunicação, transmissão, disseminação ou extração em mídia não digital).

A LGPD, ao tratar de direitos, obrigações, responsabilidades e atribuições na proteção de dados pessoais, menciona os seguintes fatores

<sup>8</sup> Artigo terceiro da Lei 13.709/2018: “Esta Lei aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que: I – a operação de tratamento seja realizada no território nacional; II – a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; III – os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional. § 1º consideram-se coletados no território nacional os dados pessoais cujo titular nele se encontre no momento da coleta. § 2º Excetua-se do disposto no inciso I deste artigo o tratamento de dados previsto no inciso IV do caput do art. 4º desta Lei” (BRASIL, 2018).

em sua lei e importantes de compreender para atribuir responsabilidades e medidas de prevenção:

Tabela 1 – Conceitos da Lei Geral de Proteção de Dados para fins de compreensão perante a regulamentação

TITULAR	A pessoa natural de quem referem-se os dados, que são o objeto de tratamento.
AGENTES DE TRATAMENTO CONTROLADOR	São o controlador e o operador.
OPERADOR	É pessoa natural ou jurídica (direito público ou privado) a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais.
ENCARREGADO	A pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD)
ÓRGÃO DE PESQUISA	Empresa do governo direto ou indireto ou pessoa jurídica, ou pessoa jurídica privada sem fins lucrativos legalmente constituída de acordo com a legislação brasileira, com sede e jurisdição no país, o que faz parte de suas funções institucionais ou de seus principais requisitos sociais ou jurídicos, a pesquisa.
AUTORIDADE NACIONAL	Órgão da administração pública responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento da LGPD em todo o território nacional.

Fonte: Martins e Teles (2021).

A privacidade percorreu um caminho interessante desde o conceito de direitos solitários que permeia a privacidade até o conceito moderno baseado na autodeterminação, ou seja, no controle do fluxo de dados pessoais. À luz do conceito contemporâneo, além do tradicional sigilo médico, ao paciente é assegurada a autodeterminação informativa. No campo da saúde, significa, confidencialidade, acesso adequado à informação, controle dos dados, segurança, entre outros aspectos. A proteção se estende pelo fluxo dos dados (data cycle), que – em regra – pressupõe o consentimento para o seu

tratamento, ao acesso aos dados, a transparência em relação às hipóteses de compartilhamento, a sua retificação etc. (SCHULMAN; CAVET, 2021)

Essa série de direitos fortalece o status do paciente como pessoa relevante, mesmo que seja divulgada para fins de tratamento, o contato do paciente com ele não será interrompido. Isso ocorre porque os dados pessoais são confidenciais, o que por sua vez está relacionado à personalidade e ao desenvolvimento de uma pessoa. As peculiaridades da telemedicina trazem desafios no campo da bioética, com fins de equilíbrio, para que a proteção da pessoa seja realizada, ao ser atrelada com a ética médica e medidas preventivas. Ou seja, explicitamente é cabível compreender nesse cenário a necessidade de manter os esses avanços tecnológicos aliados à saúde, com cautela e cuidados para não afetar o lado ético e moral, para que proteja a informação clínica e os dados pessoais de todos os envolvidos (SCHULMAN; CAVET, 2021).

O consentimento sob a Lei de Proteção de Dados Básicos não é absolutamente necessário para o processamento de dados do paciente. Nesse sentido, a exceção de usar esses dados sem o consentimento do titular dos dados deve ser considerada, mas deve ser interpretada de forma estrita, especialmente em relação a outros princípios legais, fazendo-se indispensável um olhar especial acerca da especificidade no consentimento do paciente sobre os seus dados (SCHULMAN; CAVET, 2021).

A Lei Geral de Proteção de dados aborda de maneira diferenciada sobre a saúde, não deixando explícito os detalhes relacionados limites do tratamento de dados pessoais na saúde. Sobre as hipóteses de tratamento de dados pessoais, a LGPD aborda em seu Artigo 7, inciso VIII, com redação dada pela Lei 13.853/2019, que adveio para fins de modificar e complementar o texto da LGPD: “Para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária”.

A teor do disposto pelo artigo 11, § 4º, conforme a redação dada pela Lei nº 13.853/2019:

É vedada a comunicação ou o uso compartilhado entre controladores de dados pessoais sensíveis referentes à saúde com objetivo de obter vantagem econômica, exceto nas hipóteses relativas à prestação de serviços de saúde, de assistência farmacêutica e de assistência à saúde [...] (BRASIL, 2019).

Em complemento, o artigo 11, § 5º:

É vedado às operadoras de planos privados de assistência à saúde o tratamento de dados de saúde para a prática de seleção de riscos na contratação de qualquer modalidade, assim como na contratação e exclusão de beneficiários (BRASIL, 2019).

O Artigo 13 trata sobre a realização de estudos em saúde pública por órgãos de pesquisa, que necessitam de dados mais concisos e um acesso mais abrangente a dados que envolvam pessoas naturais. Ou seja, regulamenta-se esse acesso, com os limites de acesso a ser ainda tratado por autoridades específicas, não atribuindo detalhes denotando deficiência legislativa. Conforme ao artigo 13, § 3º: “O acesso aos dados de que trata este artigo será objeto de regulamentação por parte da autoridade nacional e das autoridades da área de saúde e sanitárias, no âmbito de suas competências”.

Os riscos iminentes do uso da telemedicina são completamente compreensíveis tendo em vista a ampla coleta de dados e tratamento destes. A LGPD pode ser compreendida como um microssistema que de alguma forma pode garantir indenizabilidade caso ocorra violação. Ademais, deve-se compreender a superficialidade na regulamentação, que não consolida os regimes de responsabilidade, não tratando claramente das hipóteses. Há um emaranhado de relações sociais na telemedicina, que devem ser judicializadas pela vinculação de riscos e violações, mesmo que de forma indireta (FALEIROS JUNIOR; NOGAROLI; CAVET, 2020).

O artigo 42<sup>9</sup> da LGPD responsabiliza o controlador ou operador na reparação de danos, pelo exercício de sua atividade, que causar danos ao titular de dados. A despeito disso, temos a figura do médico, paciente e das plataformas digitais, que interagem entre si para que a telemedicina aconteça, o que nos apresenta riscos não só de uma parte, mas de todos os envolvidos (FALEIROS JUNIOR; NOGAROLI; CAVET, 2020).

## 7 CONCLUSÃO

O modelo inovador de exercício da telemedicina transformou a realização de atividades cotidianas e oferece um amplo leque de alternativas em termos de tecnologia e sensibilidade para a troca de dados e informações. Notoriamente, a telemedicina também inclui a morte e os dados relacionados também são considerados confidenciais. É importante considerar como criar privacidade adicional para os falecidos ou fatos médicos que envolvem a morte, pessoas jurídicas e até mesmo profissionais de saúde, cumprindo a lei e entendendo as reivindicações das partes interessadas ou de terceiros para destacar os danos que o problema referente a transmissibilidade de dados pode causar.

Consideravelmente desenvolver medidas de precaução acerca do tema de proteção de dados é imprescindível para a garantia de segurança entre os envolvidos, ademais, estruturar essa troca de dados através da compreensão das fases que envolvem essa transmissão para que responsabilidades possam ser atribuídas. É necessário a supervisão e discussão dos detalhes do desenvolvimento jurídico nessa área.

<sup>9</sup> Artigo 42, caput, da Lei 13.709/2018: “O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2018).

A deficiência legislativa traz a reflexão acerca de temas relacionados à ética médica, dos demais profissionais da saúde, privacidade e autodeterminação. A confiabilidade da consulta remota e outros detalhes precisam ser planejados para orientar os usuários no desempenho de suas respectivas funções, tanto na relação médico paciente quanto na relação entre os próprios profissionais da saúde, a fim de tornar correto o fluxo da telemedicina e garantir a prestação dos serviços de maneira segura.

A segurança das informações é uma questão que precisa ser investigada, porque os fluxos de dados são contínuos e confidenciais, e a legislação precisa ser cuidadosa e especificamente revisada para garantir a segurança, a confidencialidade e as sanções apropriadas quando redes e sistemas sofrem problemas de maior magnitude. Além disso, mecanismos de gerenciamento das possíveis vulnerabilidades em caso de falhas e acessos é fundamental.

Compreender que possíveis falhas e danos que podem ocorrer com dados, precisam ser efetivamente estudados para atribuir sanções justas e imputá-las corretamente. Desmistifica-se a ideia de que toda a responsabilidade envolvendo práticas médicas são do profissional, mas que factualmente há outros escopos envolvidos e que precisam detalhadamente serem construídos aos olhos constitucionais, da Lei Geral de Proteção de Dados e do Código de Ética Médica.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE MEDICINA. **Pesquisa conectividade e saúde digital na vida do médico brasileiro**. Março, 2020. Disponível em: <http://associacaopaulistamedicina.org.br/assets/uploads/textos/PesquisaAPM-2020.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2021.

BINDA FILHO, Douglas Luis; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Telemedicina em tempos de pandemia: serviços remotos de atenção à saúde no contexto da Covid-19.

**Revista Multidisciplinar Humanidades e Tecnologia (Finom)**, [S. l.], v. 25, n. 1, p. 115-133, jul./set. 2020. Disponível em: [http://revistas.icesp.br/index.php/FINOM\\_Humanidade\\_Tecnologia/article/view/1290/937](http://revistas.icesp.br/index.php/FINOM_Humanidade_Tecnologia/article/view/1290/937). Acesso em: 6 ago. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm). Acesso em: 25 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13853.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13853.htm#art1). Acesso em: 25 fev. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.989, de 19 de abril de 2020. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L13989.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13989.htm). Acesso em: 25 fev. 2021.

CETIC. Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros. **TIC Domicílios**. 2019. Disponível em: [https://cetic.br/media/analises/tic\\_domicilios\\_2019\\_coletiva\\_imprensa.pdf](https://cetic.br/media/analises/tic_domicilios_2019_coletiva_imprensa.pdf). Acesso em: 25 fev. 2021.

CFM. **Resolução CFM nº 1.643/2002**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2002/1643>. Acesso em: 21 abr. 2020.

CFM. **Resolução CFM nº 2.227/2018**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2227>. Acesso em: 21 abr. 2020.

CFM. **Resolução CFM nº 2.228/2019**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2228>. Acesso em: 21 abr. 2020.

CHUEKE, Daniela. Panorama de la Telemedicina en América Latina. **Eyeforpharma**, 2015. Disponível em: <https://www.teleiberoamerica.com/publicaciones/TelemedicinaAmericaLatinaEyeforPharma04-16-2015.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2021.

CIMATTI, Luciene. Avanços e desafios da telemedicina no Brasil. **Revista ACMED**, ano 1, n. 1, p. 7-11, set. 2014.

FALEIROS JUNIOR, José Luiz de Moura; NOGAROLI, Rafaella; CAVET, Caroline Amadori. Telemedicina e proteção de dados: reflexões sobre a pandemia da Covid-19 e os impactos jurídicos da tecnologia aplicada à saúde. **Revista dos Tribunais**, Brasília, v. 109, n. 1016, jun. 2020. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/173660>. Acesso em: 6 ago. 2021.

FLORENCIO, Raquel Sampaio; CESTARI, Virna Ribeiro Feitosa; SOUZA, Lorena Campos de; FLOR, Amanda Caboclo; NOGUEIRA, Vitória Pessoa; MOREIRA, Thereza Maria Magalhães; SALVETTI, Marina de Góes; PESSOA, Vera Lúcia Mendes de Paula. Cuidados paliativos no contexto da pandemia de COVID-19: desafios e contribuições. **Acta Paulista de Enfermagem**, 33, eAPE20200188, 2020. DOI: <https://doi.org/10.37689/acta-ape/2020ao01886>. Acesso em: 26 out. 2020.

FRANÇA, Genival Veloso de. Telemedicina: breves considerações ético-legais. **Revista Bioética**, v. 8, n. 1 p. 107-123, 2000.

GARCIA, Marcos Vinicius Fernandes; GARCIA, Marco Aurélio Fernandes. Telemedicina, segurança jurídica e COVID-19: onde estamos? **J. bras. pneumol.**, São Paulo, v. 46, n. 4, e20200363, 2020. DOI: <https://doi.org/10.36416/1806-3756/e20200363>. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1806-37132020000400103&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-37132020000400103&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 24 fev. 2021.

LITEWKA, Sergio. Telemedicina: un desafío para américa latina. **Acta bioeth.**, Santiago, v. 11, n. 2, p. 127-132, 2005. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2005000200003>. Disponível em: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1726-569X2005000200003&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2005000200003&lng=es&nrm=iso). Acesso em: 24 fev. 2021.

LOPES, Marcelo Antônio Cartaxo Queiroga; OLIVEIRA, Gláucia Maria Moraes de; MAIA, Luciano Mariz. Saúde digital, direito de todos, dever do Estado? **Arq. Bras. Cardiol.**, São Paulo, v. 113, n. 3, p. 429-434, set. 2019. DOI: <https://doi.org/10.5935/abc.20190161>. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0066-782X2019000900429&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0066-782X2019000900429&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 1 mar. 2021.

MALDONADO, Jose Manuel Santos de Varge; MARQUES, Alexandre Barbosa; CRUZ, Antonio. Telemedicine: challenges to dissemination in Brazil. **Cadernos de Saúde Pública** [online], v. 32, n. Suppl 2, e00155615, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00155615>. Acesso em: 6 ago. 2021.

MARQUEZ V, Juan Ricardo. Teleconsulta en la pandemia por Coronavirus: desafíos para la telemedicina pos-COVID-19. **Rev Col Gastroenterol**, Bogotá, v. 35, supl. 1, p. 5-16, dez. 2020. Disponível em: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0120-99572020000500005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-99572020000500005&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 24 fev. 2021.

MARTINS, Guilherme Magalhães; TELES, Carlos André Coutinho. A telemedicina na saúde suplementar e a responsabilidade civil do médico no tratamento de dados à luz da LGPD. **Rei – Revista Estudos Institucionais**, [S.l.], v. 7, n. 1, p. 182-197, abr. 2021. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/608/670>. Acesso em: 6 ago. 2021.

OLIVEIRA, Gilson Batista. algumas considerações sobre inovações tecnológicas, crescimento econômico e sistemas nacionais de inovação. **Revista FAE**, Curitiba, v. 4, n. 3, p. 5-12, set./dez. 2001.

SCHULMAN, Gabriel; CAVET, Caroline Amadori. Repercussões da telemedicina na reparação de danos por violação de dados pessoais. **Pensar Acadêmico**, Manhuaçu, v. 19, n. 3, p. 875-899, set./dez. 2021. Disponível em: <http://www.pensaracademico.unifacig.edu.br/index.php/pensaracademico/article/view/2541/2084>. Acesso em: 6 ago. 2021.

VASCONCELOS, Leonardo. Telemedicina e Covid-19. **Revista do Clube Naval**, v. 2, n. 394, p. 60-61, set. 2020.

WEN, Chao Lung. Telemedicina e telessaúde – um panorama no Brasil. **Informática Pública**, v. 2, p. 7-15, 2008.

WEN, Chao Lung. Telemedicina e telessaúde: oportunidade de novos serviços e melhoria da logística em saúde. **Revista Panorama Hospitalar**, ano 2, n. 24, p. 24-26, fev. 2015.



# DIP FINANCING: APONTAMENTOS SOBRE O FINANCIAMENTO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL APÓS A LEI N. 14.112/2020

Angélica Baumgärtner Cardoso  
Márcia Marcondes Diniz de Freitas  
Joana Carla Ruppenthal Guerreiro  
Roberta Diniz Rodrigues

## RESUMO

O presente estudo analisa a possibilidade do financiamento às empresas em recuperação judicial, conhecido como financiamento DIP ou DIP financing (debtor-in-possession), no Brasil, antes e após a Lei 14.112/2020. A lei concursal brasileira, Lei 11.101/2005, foi baseada na legislação estadunidense, mas, não introduziu o DIP financing, procedimento usual naquele Estado. Não obstante, a regulamentação do Banco Central e do Conselho Monetário Nacional não incentivam o uso do DIP, especialmente a Resolução 2.682/1999, editada antes da Lei falimentar. Dessa forma, importante a verificação da utilização do DIP pelos tribunais pátrios e a recente introdução do procedimento pela Lei 14.112/2020, alterando e sanando as brechas deixadas pela Lei 11.101/2005. A abordagem foi qualitativa, descritivo e utilizou pesquisa bibliográfica, a análise documental foi elaborada a partir das perspectivas normativa e judicial. Os achados do estudo mostram que, embora tenhamos poucos exemplos de aplicação no Brasil, pelos tribunais, a partir da introdução do DIP pela Lei 14.112/2020 surgirão oportunidades de aplicação, respeitando o caso concreto. Por outro lado, haverá de surgir novos impasses para que os tribunais resolvam. Ainda, observou-se que a atualização ou edição de uma regulamentação pelo Banco Central do Brasil e Conselho Monetário Nacional são fundamentais para o processo de soerguimento das empresas em recuperação.

**Palavras-chave:** Recuperação Judicial. DIP financing. Financiamento DIP.

## ABSTRACT

*This study analyzes the possibility of financing companies undergoing judicial recovery, known as DIP financing or DIP financing (debtor-in-possession), in Brazil, before and after Law 14.112/2020. The Brazilian public tender law, Law 11.101/2005, was based on US legislation, but it did not introduce the DIP financing, which is the usual procedure in that state. However, the regulations of the Central Bank and the National Monetary Council do not encourage the use of the DIP, especially Resolution 2682/1999, issued before the bankruptcy law. Thus, it is important to verify the use of the DIP by Brazilian courts and the recent introduction of the procedure by Law 14.112/2020, changing and remedying the gaps left by Law 11.101/2005. The approach was qualitative, descriptive and used bibliographical research, the document analysis was elaborated from the normative and judicial perspectives. The findings of the study show that, although we have few examples of application in Brazil, by the courts, after the introduction of the DIP by Law 14.112/2020, application opportunities will arise, respecting the specific case. On the other hand, there will be new impasses for the courts to resolve. Still, it was observed that the updating or edition of a regulation by the Central Bank of Brazil and the National Monetary Council are fundamental for the process of uplifting companies in recovery.*

**Keywords:** *Judicial Reorganization. DIP financing. DIP Financing.*

## 1 INTRODUÇÃO

Após a recessão econômica que afetou o Brasil no período de 2014 a 2016, o país se recupera lentamente, mas, as atividades empresariais sofreram os efeitos com crises financeiras, econômicas e patrimoniais. Ademais, a pandemia, instaurada pelo vírus COVID-19, em nível mundial, impactando consideravelmente o mercado econômico-financeiro, forçando as empresas direta e indiretamente afetadas a considerarem alternativas de

reestruturação. Espera-se aumento nos números de pedido de recuperação judicial no Brasil, de modo que vislumbramos a previsão do financiamento DIP no ordenamento jurídico, sem dúvidas, como razoável instrumento auxiliar para o enfrentamento da crise empresarial. A entrada de valores por meio do DIP pode ocorrer já nas fases iniciais do processo, conferindo maior segurança e garantia de maior atratividade aos financiadores (BRITTO, 2021).

Nesse contexto, considerando que o Direito não é alheio a tal fenômeno, a própria Constituição Federal de 1988 propõe princípios que são a base para essas alternativas de recuperação empresarial, considerando o artigo 170 que prevê a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e que tem por fim assegurar a existência digna, nos ditames da justiça social, observados os princípios da função social da propriedade; livre concorrência e o livre exercício de qualquer atividade econômica. Denota-se o incentivo a iniciativa privada, que contribui para o desenvolvimento socioeconômico do país.

Diante das dificuldades passíveis a qualquer negócio, e em harmonia com os princípios constitucionais, a Lei 11.101/2005 (LRF) institui a recuperação para viabilizar a reestruturação de empresas viáveis em dificuldades. A legislação concursal vigente, baseada na legislação norte-americana, representou um significativo avanço no Brasil, especialmente por prever um instituto pautado na preservação da empresa e na sua função social.

Todavia, embora tenha possibilitado o soerguimento de várias empresas, até recentemente o Brasil não observou adequadamente a previsão do DIP financing comumente utilizada naquele Estado, apresentando um histórico de limitação, sem incentivo ou segurança para o credor financiador.

Os tribunais concederam soluções legais para viabilizar o soerguimento de empresas em crise, como os casos da empresa OGX Gás e Petróleo S/A e Grupo OAS, em que o financiamento às empresas em recuperação, chamado

de DIP financing ou financiamento DIP, representou a principal medida de recuperação, bem como amenizou ou possibilitou a superação a situação de crise, permitindo a continuidade do negócio.

Entretanto, a Lei 14.112/2020 que alterou a Lei 11.101/2005 trouxe previsões a fim de superar as lacunas e discussões acerca do direito concursal, inclusive no que se refere ao financiamento de empresas sujeitas ao processo de recuperação.

Ainda, a regulamentação da classificação do devedor pelo Banco Central do Brasil e Conselho Monetário Nacional é pretérita à Lei de Recuperação e prejudicial à concessão de crédito, por classificar alto o risco (rating) para transações com essas empresas, culminando em desinteresse da instituição financeira na oferta do crédito.

Desta forma, o estudo trata especialmente do financiamento às empresas em recuperação, nomeado como financiamento DIP ou DIP financing, considerando as previsões da atual legislação brasileira e alguns aspectos da Lei estadunidense, a verificação de dois leading cases que ocorreram sob a jurisdição brasileira, bem como considerações sobre as novidades trazidas pela Lei 14.112/2020, no que se refere ao tema.

Foi adotada a abordagem qualitativa para conduzir o estudo, e, valeu-se do objetivo descritivo por meio da coleta de dados por pesquisa bibliográfica, legislativa e documental com base em processos judiciais, por sua natureza teórica e de reflexão.

## 2 A CRISE E O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A situação de crise afeta os interesses da empresa, e, igualmente, de seus credores e, especialmente, o interesse social. Os efeitos deste fenômeno

são desafios recorrentes ao empreendedor, que na ansiedade de manter a viabilidade do negócio, adota medidas urgentes na intenção de estancar determinados problemas, e por vezes, agrava a tensão financeira já instalada.

O empresário ao empreender assume o risco de sua atividade e está sujeito às oscilações do mercado. Crises são geradas por fatores externos, ligadas ao micromercado, como concorrência, fornecedores, clientes, bem como por fatores internos, intrínsecos à empresa como: capacidade financeira, modelo de gestão, estratégia e decisões de organização do negócio, características da empresa e de seus gestores. A análise desses fatores possibilita o estudo e ferramentas para o planejamento estratégico do negócio, mas, ainda assim, a dificuldade de compreensão desses fatores pode acarretar uma situação de crise ou até mesmo morte da empresa (FORTI, 2013).

Segundo Coelho (2012) a crise pode ser classificada como econômica, financeira ou patrimonial. A primeira é causada pela retração considerável dos negócios, em geral pela perda de mercado, afetando o resultado da atividade desenvolvida. A crise financeira se dá quando a sociedade empresária não possui liquidez para adimplir suas obrigações em determinado período, mesmo com os negócios em crescimento, há insuficiência de caixa. A crise patrimonial ocorre quando o passivo é maior que o ativo, não havendo capacidade para pagamento em caso de liquidação da sociedade. Negrão (2019) explana que é plenamente possível que empresas economicamente saudáveis sofram crises financeiras, momentâneas ou não, em razão da insuficiência de recursos financeiros para o pagamento das obrigações assumidas. A causa desse desequilíbrio muitas vezes está relacionada a ausência de correta estimativa dos custos dos empréstimos tomados, no alto índice de inadimplência de sua clientela ou em qualquer situação relativa à circulação e gestão do dinheiro e de outros recursos líquidos.

Ainda, explicam Scalzilli, Spinelli e Tellechea (2018, p. 38) que a crise e o sucesso de um negócio são o escopo de um complexo temperamento entre utilização do crédito e assunção de riscos, ressaltando que “a utilização do primeiro constitui oxigênio da economia, fator indispensável para o seu desenvolvimento, lidar profissionalmente com o segundo elemento é dever inerente à atividade empresarial”. O empresário ao fazer uso do crédito assume os riscos da atividade e o compartilha com os credores que financiam o negócio sob sua administração, por meio de operações financeiras. Diante disso, com os efeitos da crise empresarial, por alcançar inúmeros agentes ao seu redor como credores, consumidores, funcionários e a sociedade em si, é justo que o mercado exija a proteção do crédito. Por isso, que o escopo do direito concursal tem como diretriz o princípio da preservação da empresa e do *par conditio creditorium*, em atenção à satisfação dos credores.

Nesse entendimento, a legislação estabelece mecanismos de reestruturação, tanto como medida de segurança jurídica e estímulo ao empreendedorismo quanto minimização dos impactos sociais.

A LRF trouxe a atual regulamentação do processo de falência, recuperação extrajudicial e judicial, oportunizando a manutenção da atividade empresária em crise, conforme Coelho (2005, p. 115) no Brasil existem duas formas judiciais de prevenir a falência, quais sejam, a recuperação judicial e a homologação judicial de acordo de recuperação extrajudicial. Inclusive, considerando o cumprimento da função social, ostentam objetivos são iguais, quais sejam: “saneamento da crise econômico-financeira e patrimonial, preservação da atividade econômica e dos postos de trabalho, bem como o atendimento aos interesses dos credores”.

Assim, quando o empresário enfrenta uma crise, geralmente busca extrajudicialmente uma solução para tal dificuldade, tentando, por exemplo, realizar a negociação com seus credores, buscar novos recursos e reestruturar o próprio negócio (SCALZILLI et al., 2018). A recuperação judicial acaba

sendo mais usual no Direito brasileiro e trata-se uma ação que permite a empresa devedora propor uma renegociação coletiva de suas dívidas, a fim de impedir que seja agravada a situação de crise e evitar a falência, pautada nos princípios norteadores da preservação da empresa e da função social.

A LRF se apresenta como um marco regulatório no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que cria mecanismos de incentivo, prevendo o comportamento dos agentes quando um deles se encontra em situação de crise. A lei falimentar se mostra eficiente quando oferece soluções adequadas para a recuperação da empresa viável e a liquidação daquela inviável (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018).

O artigo 47 da LRF explicita o intuito recuperacional de soerguer a atividade econômica, por meio da superação da crise econômico-financeira do devedor, de forma a manter a fonte produtora, o emprego dos trabalhadores e os interesses dos credores. A recuperação judicial é a alternativa para promover a superação da crise a partir do interesse do devedor na preservação da empresa, em que se destaca a imagem do empreendimento como unidade econômica que se interessa manter, considerando sua relevância econômica e social (CAMPINHO, 2008).

Diante da oportunidade legal quanto a recuperação de empresas viáveis, discute-se acerca dos meios a serem adotados para a superação da crise. Alguns destes meios podem ser previstos no plano de recuperação e estão elencados no artigo 50 da LRF. Entretanto, sabe-se que o empreendimento que passa por crise carece de recursos para manter-se ativo no mercado, competitivo. Para tanto, necessita de insumos para a continuidade da atividade econômica, o que leva ao questionamento: como conseguir novos recursos para a manutenção da atividade econômica e possibilitar o cumprimento do plano de recuperação? Ou seja, como financiar o processo de recuperação da empresa que passa por crise? (DIAS, 2012).

Nos ensinamentos de Cavalli (2016) ressalta-se que a LRF prevê que todos os créditos vencidos até a data do pedido de recuperação são sujeitos ao processo, atendendo à universalidade do concurso e à igualdade de tratamento dos credores. No entanto, a ocorrência do vencimento antecipado das dívidas importa em dificuldades na obtenção de crédito. A sujeição da empresa ao processo recuperacional por si só, atestando sua crise e incapacidade para pagamento da integralidade de suas dívidas nos termos contratados, é motivo que potencializa a dificuldade no alcance de financiamentos e a exigência pelos fornecedores de venda com pagamento antecipado.

O próprio sistema bancário opera no sentido de agravar tal situação, conforme reforça Cavalli (2016, p. 64) esclarecendo sobre a Resolução BCB 2.682 do Banco Central do Brasil, de que “empresas em recuperação ostentam a pior classificação de risco para operações de crédito bancário, o que impõe aos bancos que fornecerem crédito a obrigação de provisionar a integralidade do valor emprestado”. Ou seja, a regulação bancária assevera o aumento do custo financeiro em operações de empréstimos às empresas em recuperação judicial, porque a taxa de juros cobrada nessas operações remunera o valor emprestado e o valor que não pode ser emprestado por estar provisionado.

Ainda segundo Cavalli (2016) a dificuldade na obtenção de crédito obriga a empresa a pedir recuperação judicial, o que justifica o comportamento anterior ao pedido, quanto a empresa cessa os pagamentos aos credores com o fito de acumular caixa para sobreviver durante o período de recuperação. No entanto, os valores acumulados podem ser insuficientes para suportar todo o processo.

O financiamento de empresas em crise já foi amplamente debatido em diversos países e se desenvolveu de maneira acentuada nos Estados Unidos. Considerando que a legislação concursal brasileira introduziu parte dos

procedimentos adotados pela legislação norte-americana, oportuno o estudo dos meios de obtenção de crédito para empresas em crise naquele país.

### 3 A ORIGEM DO *DIP FINANCING* NOS ESTADOS UNIDOS

Na doutrina e jurisprudência estadunidense há uma designação própria para o financiamento de empresas em crise, qual seja *debtor-in-possession financing*, ou *DIP financing*. Tal expressão é utilizada para concessão de novos recursos para empresas em crise, insumo necessário para o desenvolvimento do processo recuperacional e à superação da crise (DIAS, 2014).

O termo *Debtor-in-Possession* refere-se ao devedor que mantém a posse dos ativos, sem nomeação de um administrador ou *trustee* para gerir seus ativos, a não ser que o juiz assim o determine por identificar uma razão especial. No entanto, a lei americana deixa claro que seus dirigentes e membros do Conselho de Administração assumem a obrigação fiduciária perante os credores e acionistas de tal devedor (MARTINS, 2020).

A reforma da Lei de falências nos Estados Unidos ocorreu em 1978, com a expansão da abrangência do Financiamento DIP, que equiparou negócios privados aos de interesse público, com o uso dos recursos por interesse público ou para a preservação de garantias, com o objetivo de assegurar a proteção dos ativos da devedora (ABRAHAM, 2010 *apud* DIAS, 2012).

Foi reconhecida na época a importância de se conceder empréstimos para as ferrovias, com o objetivo de manter as operações e sustentar todo o processo de reestruturação da estrutura de capital. A corte americana adotou a concessão de privilégios aos credores que assumiam o risco de disponibilizar os créditos, pela essencialidade à continuidade das operações (MARTINS, 2020). Advogados e banqueiros criaram o conceito do *Chapter*

11 do *Bankruptcy Code*, como alternativa de solução às grandes ferrovias em crise. Hoje, o Capítulo 11 do Código de Falências rege a recuperação judicial no sistema norte-americano e o financiamento DIP. A referida invenção foi chamada de liquidação de capital e consistia na negociação entre o devedor em crise, no caso, a Ferrovia, e seus credores, com o intuito de remodelar sua estrutura de capital e reduzir obrigações, a fim de que a atividade se tornasse financeiramente viável após a reestruturação (SKEEL; 2004).

Durante as negociações entre devedor e credor, a dificuldade de acesso ao crédito foi intensificada em razão da deficiência de caixa das ferrovias. Naturalmente, fornecedores tinham receio em ofertar crédito, tendo em vista que, em caso de falência, o crédito seria utilizado para o pagamento de outro credor conforme a classificação de crédito. Verifica-se aqui o primeiro impasse na busca de investimento para empresas em crise. O fato de o crédito honrar as obrigações de outros credores afastava a possibilidade de financiamento, mesmo que a recuperação da empresa fosse possível (TUFANO, 1997).

No intento de solucionar o problema, foi desenvolvida a “regra dos seis meses”, em que os fornecedores que ofertavam crédito nos primeiros seis meses após o início de negociações poderiam receber seu crédito na integralidade. O problema persistiu em razão da debilidade do caixa, motivo pelo qual foi desenvolvido um mecanismo para permitir a capitalização das ferrovias por meio da emissão de um “certificado do receptor”, um precursor do financiamento DIP (SKEEL, 2004). O certificado aumentou o caixa de curto prazo servindo como uma espécie de nota promissória, informando que o liquidante possuía os ativos da ferrovia como garantia, prioritariamente sobre outros títulos ferroviários, mesmo aqueles com garantias. O Código de Falências de 1978, Seção 364, regula o financiamento DIP e outros financiamentos externos, permitindo empréstimos não garantidos para a atividade do devedor a serem concedidos durante a recuperação judicial, sem a necessidade de aprovação judicial prévia (MENEZES, 2015).

Diante do aprimoramento do instituto pela legislação estadunidense, observando as problemáticas sob a ótica do princípio da preservação da empresa, os tribunais passaram a autorizar a utilização de bens livres como garantia do financiamento DIP ou até mesmo, de ativos já utilizados como garantia de modo a serem ofertados novamente (MENEZES, 2015). A constituição de garantia em favor do credor somada a prioridade dada a este crédito trouxe segurança ao credor que, inicialmente, era desestimulado em razão do alto risco.

A partir disso, se observa que o pedido de reestruturação do Capítulo 11 sem financiamento adequado não efetiva o seu objetivo primário, a preservação da atividade econômica. Por vezes, devedores que optam pela reestruturação enfrentam crise liquidez, similar ao que ocorre no Brasil.

Atualmente, o Financiamento DIP é o incentivo para vários pedidos estabelecidos no *Chapter 11* do *Bankruptcy Code*, por garantir a suspensão das ações e execuções contra o devedor, o que permite que a empresa devedora possa financiar suas operações, sendo que estes créditos são classificados em diferentes níveis de prioridade, com privilégios se comparados aos preexistentes, que não possuem garantia (DIAS, 2014).

Dias (2014) esclarece que o pedido de recuperação com fulcro no *Chapter 11* origina uma massa patrimonial composta por todos os bens do devedor, liberados ao devedor somente após a aprovação do plano de recuperação. As dívidas incorridas durante a recuperação possuem prioridade, com pagamento integral como condição de aprovação do plano. Assim, ficam preteridos em ordem inferior os débitos quirografários anteriores ao pedido, e, os débitos preexistentes.

O *Bankruptcy Code* considera as condições de financiamento DIP na Seção 364, em que quatro subseções garantem diferentes níveis de prioridade para esse tipo de empréstimo. Antes de subir a escada prioritária, o devedor

deve provar em tribunal que ele não poderia ter obtido um empréstimo com um status de prioridade mais baixa (CARAPETO, 2003, p. 5, tradução nossa).

Em suma, o crédito sem garantia por empresas em reorganização nos Estados Unidos não depende de autorização judicial, desde que contratado no curso normal dos negócios e que o juiz não tenha decidido em sentido contrário, em conformidade à Seção 364(a) do *Bankruptcy Code*. Tais empréstimos são tratados como despesa administrativa (salários, comissões, tributos, multas e outros são exemplos), nos termos da Seção 503, tendo privilégio de pagamento (DIAS, 2012).

Segundo esclarece Cavalli (2016) o pedido de *bankruptcy* nos termos do *Chapter 11* garante a continuidade do devedor na administração dos bens durante o processo de reorganização e, o *DIP Financing*, conforme a Seção 364 do *Bankruptcy Code*, que dispõe incentivos legais para que financiadores emprestem recursos a empresas sujeitas ao processo. A Seção 364(a) autoriza a empresa em reorganização a contrair dívida não garantida, desde que os recursos sejam aplicados ao curso ordinário dos negócios. Já a Seção 364(b) autoriza a contração de dívida fora do curso ordinário dos negócios. Porém, nesse último caso, há necessidade de apresentação de um pedido, seguido de audiência e autorização judicial. Nos dois casos o financiador tem incentivo a disponibilizar o crédito, uma vez que seu crédito é classificado como despesa administrativa, o que lhe assegura prioridade em relação aos demais credores.

As modalidades de financiamento DIP mais utilizadas são as previstas na Seção 364 (c) e (d) do *Bankruptcy Code*. Nos termos da Seção 364 (c), o juiz pode autorizar que o crédito oriundo de financiamento DIP sem garantia tenha prioridade sobre as despesas administrativas. Já a Seção 364 (d) prevê o procedimento denominado *priming*, em que o juiz pode autorizar a empresa devedora a contrair dívida fornecendo como garantia um bem já onerado,

propiciando ao credor prioridade igual ou superior às garantias anteriores sobre o bem onerado (CAVALLI, 2016).

Às vezes, o credor do DIP é um credor preexistente, que possui essencialmente quatro motivos para fornecer financiamento DIP. Primeiramente, oferece um sinal positivo aos clientes e fornecedores da empresa, para que todos continuem a fazer negócios normalmente. Em seguida, assegura que o valor de suas garantias não será reduzido durante a reorganização. Em terceiro, evita que um novo credor enfraqueça as reivindicações existentes. Por fim, garante os créditos preexistentes com mais propriedade do que os créditos pós-petição, condicionando o financiamento pós-petição à concessão de garantias adicionais para sua reivindicação preexistente (CARAPETO, 2003, p. 7, tradução nossa).

Em outras palavras, Martins (2020) aduz que um dos principais motivos para os credores (existentes ou novos) concederem um *DIP Financing* é a busca por determinado poder no processo de reestruturação da empresa. Isto porque a negociação e sua estruturação envolvem a imposição de uma série de obrigações ao devedor que alteram de forma significativa a governança da empresa, muitas vezes provendo um poder desproporcional ao novo credor ou grupo de credores. Os financiamentos, em geral, de curto prazo devem ser repagos na conclusão do *Chapter 11*, seja com recursos de venda de ativos ou com a emissão de uma dívida de médio e longo prazo (MARTINS, 2020).

O financiamento DIP, criado e consolidado nos Estados Unidos, é uma das mais importantes fontes de recursos para empresas em situação de crise, permitindo o custeio da manutenção da atividade, bem como o reestabelecimento da confiança do credor, fornecedor, cliente e dos indivíduos envolvidos na capacidade de soerguimento da empresa. A legislação concursal estadunidense regulamentou esse meio de recuperação com vistas a proporcionar o financiamento e superação empresarial da crise econômico-

financeira. Portanto, fundamental o estudo dos mecanismos legais adotados no Brasil, o que se verifica na seção seguinte.

## 4 O FINANCIAMENTO DIP NO BRASIL E LEADING CASES

A fim de entender como funcionou o financiamento DIP no Brasil até a alteração da Lei 14.112/2020, passa-se a análise legal e de dois casos relevantes, considerando os processos de recuperação das companhias OGX Petróleo e Gás Participações S/A e Grupo OAS.

### 4.1 LEI 11.101/2005 ANTES DA LEI 14.112/2020

Embora a legislação brasileira de recuperação de empresas tenha sido desenvolvida a partir da influência da legislação norte-americana, observado o *Chapter 11* do *Bankruptcy Code*, um dos pontos relevantes para o soerguimento empresarial previsto nesse código não foi introduzida, o financiamento das empresas em recuperação. O termo “financiamento” não foi citado na LRF, não existia uma seção específica para o financiamento, o que, portanto, era insuficiente para regularizar o procedimento (FRONTINI, 2018).

Recentemente, pelas recentes alterações trazidas pela Lei 14.112/2020, foi introduzido o tema, inovando a LRF. A Seção IV-A da Lei 14.112/2020, trata do financiamento do devedor e do grupo devedor durante a recuperação judicial. A previsão do financiamento DIP, inspirado no *Bankruptcy Code* norte-americano, até então não continha regulamentação expressa na lei pátria, embora já existissem tentativas de sua implementação em alguns casos concretos (COSTA; MELO, 2021).

Logo, notadamente, o objetivo refere-se a segurança jurídica para aqueles que financiam a atividade empresarial em recuperação judicial, haja vista os riscos dos envolvidos, propiciando o pagamento de credores e o soerguimento da empresa, e em troca, o financiador tem a preferência no recebimento de seu crédito. Costa e Melo (2021) ressaltam que a concessão do financiamento supera o âmbito do processo de recuperação judicial, abarcando a sustentabilidade empresarial no mercado, reverberando benefícios sociais e econômicos.

A LRF, de forma sutil e esparsa, dispôs sobre o privilégio do credor DIP no artigo 67, quando as obrigações contraídas durante a recuperação judicial são consideradas extraconcursais, em caso de falência.

Anterior às alterações da Lei 14.112/2020, os benefícios ao credor ofertante de crédito durante o processo de recuperação judicial eram dois: a) em caso de falência, as quantias fornecidas a massa pelos credores, se enquadravam em créditos extraconcursais, conforme o artigo 84, inciso II da LRF; b) após o pedido de recuperação, na continuidade de fornecimento de bens e serviços pelos fornecedores, em caso de convolação em falência, os seus créditos tidos como quirografários seriam enquadrados como de privilégio geral, conforme artigo 67, parágrafo único da LRF.

Diante do alto risco em que o credor é exposto comparado com o benefício oferecido pela Lei, se verificava inexistência de estímulo à oferta de financiamento, especialmente, quando a empresa mais necessitava. A legislação anterior à reforma se mostrava insuficiente e não trazia garantias a este credor, diferentemente do que prevê o *Bankruptcy Code*.

A alteração proposta pela Lei 14.112/2020 já era objeto de construção de juristas e da jurisprudência, chamado de “credor parceiro”, colaborador, fomentador ou fornecedor, que, possibilitando a oferta de crédito durante o processo recuperacional, receberia seu crédito em condições diferenciadas, o que na prática, ocorria com previsão específica

no plano de recuperação judicial, sem vinculação de garantia e sem a necessidade de autorização judicial.

O Tribunal de Justiça de São Paulo ao tratar de caso de impugnação ao plano de recuperação judicial, feita por credor quirografário referente a questões inerentes ao procedimento de financiamento DIP, esclareceu a necessidade da operação, que nesse caso, utilizou ações de determinada empresa do grupo em recuperação como objeto da garantia:

Não há dúvida a respeito da necessidade, nos primeiros meses da recuperação, do financiamento em favor da empresa em crise. A possibilidade do financiamento nesta fase é prevista na maior dos países que disciplinaram a recuperação das empresas em crise, como valioso instrumento para alcançar o escopo maior de preservação da empresa. É natural, nesse negócio, conhecido como *DIP financing*, a respectiva constituição de garantia, porque aquele que se dispõe a financiar a empresa em crise financeira, pelo risco maior que expõe o seu capital, não aceita fazê-lo sem importante garantia da restituição do quanto emprestado. É o que justifica as bases do negócio examinado nestes autos e autoriza a sua aprovação nos termos indicados. Autorização para a liberação de parcela do financiamento em favor das agravadas. Recurso parcialmente provido (Grifouse) (TJSP. AI 2150922-97.2015.8.26.0000 SP 2150922-97.2015.8.26.0000 Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Publicação: 09/10/2015 Julgamento: 5 out.2015. Relator: Carlos Alberto Garbi) (SÃO PAULO, 2015).

Nesse sentido, observa-se que anteriormente as inovações da Lei 14.112/ 2020 já havia um movimento pelos tribunais de considerar a oferta de uma garantia ao credor que oferece crédito à recuperanda, em atenção ao procedimento estabelecido na legislação norte americana. No entanto, diante da precariedade das garantias e conseqüente desincentivo ao financiador, bem como a inexistência de previsão específica do *DIP financing*, não havia condições para que o DIP fosse mais difundido no Brasil, até a vigência da Lei 14.112/2020 que entrou em vigor em 23/01/2021.

É notória a importância das instituições financeiras no mercado de crédito brasileiro. Porém, considerando o financiamento de empresas em

recuperação, nos termos da LRF, tais entidades ainda enfrentam obstáculo a oferta de crédito às empresas em recuperação, qual seja, as limitações impostas pelo Banco Central do Brasil e pelo Conselho Monetário Nacional, especialmente no que se refere às regras de provisionamento, que devem ser observadas em razão do *rating* de crédito das empresas que serão destinatárias dos recursos (RIBEIRO JÚNIOR, 2019).

Diante disso, a Resolução Nº 2.682/1999 do Conselho Monetário Nacional (CMN), dispõe sobre critérios de classificação das operações de crédito e regras para constituição de provisão para créditos de liquidação duvidosa. Em seu artigo 1º prevê que as instituições financeiras devem classificar as operações de crédito em ordem crescente de risco, inicialmente do nível AA, A até o H. Tal classificação corresponde à responsabilidade da instituição, considerando aspectos em relação ao devedor e seus garantidores como: situação econômico-financeira, grau de endividamento, capacidade de geração de resultados, e demais critérios (CMN, 1999).

A instituição financeira possui a responsabilidade sobre a classificação do risco, possuindo “certa liberdade para definir o *rating* de seus clientes, que, no entanto, devem preservar critérios consistentes e verificáveis para tal avaliação”. As regras de Provisão para Devedores Duvidosos (PDD) derivam do Acordo de Capital de Basileia e são aplicadas às casas bancárias ao redor do mundo, visando implementar um parâmetro de avaliação dos índices de solvência dos bancos, de forma simplificada, verificando patrimônio de referência e o valor de seus ativos, considerando o risco assumido pela instituição (RIBEIRO JÚNIOR, 2019, p. 19).

Portanto, diante das disposições da Resolução 2.682/1999, a concessão de crédito às empresas em recuperação importa em um alto risco, motivo pelo qual é exigido o provisionamento do valor total do crédito, o que impacta em taxas de juros altas para operações *DIP financing*, extremamente onerosas. Isso justifica-se pela edição da resolução anteriormente à LEF,

e, da mesma forma, não há previsão pela CMN quanto a possibilidade de financiamento DIP, fator que dificulta o acesso ao crédito pela empresa em recuperação.

O *rating* se trata de espécie de classificação do risco que a empresa oferece perante as instituições financeiras, baseada na avaliação de riscos de inadimplimento feita pelo banco bem como na capacidade de pagamento da tomadora de crédito. Tais normas são editadas pelo Comitê da Basileia para Supervisão Bancária (*Basel Committee on Banking Supervision – BCBS*), fórum internacional que tem por objetivo reforçar a regulação, a supervisão e as melhores práticas bancárias para a promoção da estabilidade financeira. O Banco Central do Brasil busca assegurar a conformidade da regulação financeira brasileira com as recomendações do *BCBS*, considerando as condições estruturais da economia brasileira, instituição financeira.

Todavia, o que vinha obstando o acesso ao crédito pela empresa em recuperação judicial é a previsão do artigo 6º da Resolução 2.682/1999, que determina a provisão de crédito em face aos créditos de liquidação duvidosa a fim de suprir as prováveis perdas. Se verifica no inciso VIII a necessidade de provisionamento integral sobre o valor das operações classificadas como risco nível H, classificação dada às empresas em recuperação judicial devido ao tempo de inadimplimento, geralmente superior a 180 dias e alto risco assumido pela instituição.

Embora o ordenamento jurídico brasileiro tenha evoluído, havendo casos de emissão de debêntures para o financiamento de companhias em recuperação, a aceitação do credor parceiro como financiador, bem como casos de autorização judicial de alienação de bens dados como garantia para credores financiadores, ainda, após as previsões da Lei 14.112/2020 que trouxeram segurança para o credor, a Resolução 2.682 do Banco Central segue vigente e inalterada. Resta observar o comportamento do credor bancário no interesse do financiamento DIP.

O financiamento possibilita o *fresh Money* para as empresas, no momento mais crucial de sua jornada, especialmente aquelas que não tem possibilidade de emissão de ações, debentures e outras formas de financiamento, limitadas, portanto, em comparação com grandes companhias. Fala-se aqui dos interesses das micro e pequenas empresas, também sujeitas à Lei de recuperação judicial e falência.

Com as alterações da lei de recuperação, se espera viabilizar o acesso ao crédito às empresas sujeitas ao processo, a fim de propiciar mudanças favoráveis nos planos de recuperação que, em sua grande maioria, envolvem propostas de sacrifício substancial aos credores.

Diante das dificuldades apresentadas pela inércia da Lei até recentemente e pela própria regulamentação do sistema financeiro nacional no que se refere ao financiamento DIP, coube ao judiciário arbitrar os caminhos a fim de proteger o interesse de devedor e credor quando diante de embates em torno de casos de financiamento de empresas em recuperação. Embora até então fossem limitados os incentivos ao empréstimo para empresas em dificuldade, há casos no Brasil em que se faz pertinente a análise, conforme se verifica a seguir.

## 4.2 LEADING CASES DE DIP NO BRASIL

A OGX Petróleo e Gás Participações S/A, controlada pelo grupo OGP, ingressou com pedido de recuperação judicial em 30 de outubro de 2013, processo n. 0377620-56.2013.8.19.0001 que tramitou na 4ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro/RJ. Entende-se como o maior processo de recuperação judicial da América Latina até então, com dívida superior a 13,8 (treze vírgula oito) bilhões de reais. Ressalte-se que o plano de recuperação apresentado adotou o financiamento DIP como medida de recuperação.

A situação de crise se instalou em 2012 quando a petrolífera informou que a vazão de óleo nos primeiros poços perfurados em um campo na bacia de Campos era somente um terço do que se esperava, o que causou a queda das ações da companhia em 26,04%. Em seguida a companhia divulgou que os poços em operação no campo de Tubarão Azul não teriam a produção aumentada e poderiam parar de produzir em 2014 (TMA, 2014).

No caso da OGX a previsão do financiamento DIP foi a principal solução encontrada para que a companhia pudesse superar a crise. A obtenção de recursos ocorreu nos termos da cláusula 4.3 do plano de recuperação em que a OGX emitiu debêntures conversíveis em ações, além do oferecimento de garantias, visando a obtenção de novos recursos, que ocorreu em três etapas conforme cláusula 4.3.1:

#### Séries das Debêntures.

As Debêntures foram emitidas em 3 (três) séries, a saber:

- **Debêntures 1ª Série:** emitidas, subscritas e integralizadas pelo valor total de R\$ 299.200.000,00 (duzentos e noventa e nove milhões e duzentos mil reais), atualizado monetariamente pelo fator de variação da cotação de fechamento da taxa de venda de câmbio de Reais por Dólares dos Estados Unidos da América, nos termos da Escritura de Emissão de Debêntures, correspondente na Data da Emissão a US\$ 125.000.000,00 (cento e vinte e cinco milhões de dólares norteamericanos).
- **Debêntures 2ª Série:** emitidas com um valor total de até R\$ 215.424.000,00 (duzentos e quinze milhões e quatrocentos e vinte e quatro mil reais), atualizado monetariamente pelo fator de variação da cotação de fechamento da taxa de venda de câmbio de Reais por Dólares dos Estados Unidos da América, nos termos da Escritura de Emissão de Debêntures, correspondente na Data da Emissão a até US\$ 90.000.000,00 (noventa milhões de dólares norte-americanos), a serem oportunamente subscritas e integralizadas pelos Backstop Novos Financiadores (sejam Credores ou não). O valor final das Debêntures 2ª Série corresponderá à porção não subscrita das Debêntures 3ª Série pelos Credores e eventuais sobras de Credores que não integralizem a subscrição das Debêntures 3ª Série, observado o disposto neste Plano e na Escritura de Emissão de Debêntures. As Debêntures 2ª Série poderão ser integralmente canceladas, caso as Debêntures 3ª Série sejam integralmente subscritas, observado o disposto na Escritura de Emissão de Debêntures e neste Plano.
- **Debêntures 3ª Série:** emitidas com um valor total de até R\$ 215.424.000,00 (duzentos e quinze milhões e quatrocentos e vinte e quatro mil reais), atualizado monetariamente pelo fator

de variação da cotação de fechamento da taxa de venda de câmbio de Reais por Dólares dos Estados Unidos da América, nos termos da Escritura de Emissão de Debêntures, correspondente na Data da Emissão a até US\$ 90.000.000,00 (noventa milhões de dólares norte-americanos), a serem oportunamente subscritas e integralizadas pelos Credores, proporcionalmente ao respectivo Crédito. O valor final das Debêntures 3ª Série a serem subscritas por Credores Concursais e/ou Credores Extraconcursais (que aderirem expressamente ao Plano) poderá variar conforme demanda verificada pelas Debêntures 3ª Série. As Debêntures 3ª Série poderão ser canceladas em razão da ausência de Credores interessados na sua subscrição, integralização ou inadimplemento na integralização, conforme descrito na Cláusula 4.6 e seguintes deste Plano, observado o disposto na Escritura de Emissão de Debêntures.

O tratamento diferenciado durante a emissão e subscrição das debêntures foi motivo de impugnação e questionamento dos credores. Porém, foram superadas as discussões considerando que a falência da companhia importaria em prejuízo maior aos credores.

E, outro ponto observado foi a oferta das garantias, previstas na cláusula 4.3.5 do plano. A OGX ofereceu como garantia à operação DIP alienação fiduciária sobre o petróleo e gás de sua titularidade em determinados campos de produção, cessão fiduciária de todos os direitos creditórios oriundos da comercialização de petróleo e gás de titularidade da companhia, contra a União e demais créditos. Isso ocorre sem prejuízo aos credores com garantias preexistentes, penhor sobre os direitos emergentes da participação da OGX em determinados contratos, além de reforçar com garantia fidejussória, na forma e fiança prestada por garantidores determinados no plano de recuperação.

Oportuno esclarecer que o plano elucidou o destino dos recursos oriundos do financiamento DIP, sendo direcionado ao adimplemento de obrigações extraconcursais como o financiamento de determinados investimentos em capital e despesas operacionais para manutenção das atividades da OGX, além de despesas relacionadas ao processo de recuperação judicial.

Também foram previstas, nas cláusulas 4.2, outras formas de obtenção de novos recursos por meio de empréstimo-ponte, que se trata de um financiamento com o objetivo de agilizar a realização de investimentos por meio da concessão de recursos no período de estruturação da operação de financiamento de longo prazo, ou seja, o empréstimo-ponte deve estar, necessariamente, associado (BNDES). E empréstimo adicional, contratado e satisfeito nos termos e condições do Contrato de Pré-Pagamento de Exportação. Logo, considerando que tal contrato estabelece um adiantamento no pagamento dos produtos adquiridos, a companhia recebe antecipadamente os respectivos valores, o que importa em receita no caixa da recuperanda.

Em 02 de agosto de 2017 foi decretado o encerramento do processo de recuperação judicial. No caso da OGX o financiamento DIP ocorreu a partir da emissão de debêntures, oportunidade em que a companhia foi financiada por terceiros e não por instituições financeiras, como costumeiramente é associado ao se tratar da matéria e permitiu o desenvolvimento da atividade empresarial, representando uma importante referência a outros casos de recuperação judicial.

Outro *leading case* relevante é o do grupo econômico OAS, constituído por 9 (nove) empresas com atuação no segmento de construção civil, infraestrutura e empreendimentos imobiliários, apresentou pedido de recuperação judicial em 31 de março de 2015, processo autuado sob o nº 1030812-77.2015.8.26.0100, perante a 1ª Vara de Falências e Recuperação Judicial da Comarca de São Paulo/SP, apontando uma dívida em torno de 9 (nove) bilhões de reais.

A situação de crise foi justificada pela limitação de crédito decorrentes das notícias quanto aos desdobramentos da operação Lava-Jato veiculadas às recuperandas, o que causou o rebaixamento da classificação de crédito do Grupo OAS, impactando diretamente em seu fluxo de caixa. Apresentado o plano de recuperação judicial, o Grupo utilizou-se do financiamento DIP

para levantar recursos, oportunidade em que, conforme cláusula 1.1.81 e 5.3, pediu R\$ 800.000.000,00 (oitocentos milhões de reais), que seriam financiados pelo grupo financeiro canadense *Brookfield Infrastructure Group Inc. in verbis*:

#### 5.3. Financiamento DIP.

Em Razão da contratação do Financiamento DIP, a Brookfield desembolsará em favor da OAS, Mediante a outorga das Garantias DIP e na qualidade de credora extraconcursal, o valor de R\$ 800.000.000,00 (oitocentos milhões de reais), o qual será utilizado para: (i) A estabilização do capital de giro do Grupo OAS; (ii) Financiamento das atividades do Grupo OAS, Notadamente da Divisão Engenharia & Construção (v.g., pagamento de fornecedores, folha de salários etc); (iii) O pagamento de despesas não recorrentes associadas ao processo de reestruturação; e (iv) o pagamento de quaisquer obrigações financeiras oriundas de passivos, processos, multas e/ou penalidades cíveis, tributárias ou trabalhistas, se aplicável, cada uma dessas em conformidade com as leis que se apliquem, incluindo, sem limitação, a lei anticorrupção, a lei de improbidade administrativa e a lei concorrencial.

Ao prever a captação de novos recursos na cláusula 2.1.4, esclareceu o destino dos valores à estabilização do capital de giro, financiamento das atividades do Grupo, o pagamento de despesas não recorrentes associadas ao processo de reestruturação, e outras obrigações financeiras oriundas de passivos, processos, multas e/ou penalidades cíveis, tributárias e trabalhistas.

Em resumo, o financiamento DIP ocorreu também, conforme o caso da OGX, pela emissão de debêntures, que nesse caso, seriam subscritas pela *Brookfield*, no valor de 800 (oitocentos) milhões de reais em duas parcelas, a primeira no valor de 500 (quinhentos) milhões e a segunda no valor de 300 (trezentos) milhões. Conforme cláusula 5.3 e seguintes, as garantias oferecidas para a operação são: alienação fiduciária das ações da Invepar – Investimentos e Participações em Infraestrutura S/A – em que a OAS possui participação acionária, cessão fiduciária de eventuais dividendos destas ações, e pela cessão fiduciária do produto da eventual alienação da Invepar, conforme teor do plano de recuperação judicial.

O financiamento teria, ainda, a duração de 18 meses ou até que ocorresse, conforme previsto no Plano, a venda das ações de emissão da Invepar, de modo que, uma vez realizada a alienação da participação acionária das recuperandas, a empresa financiadora receberia o valor correspondente em pagamento do empréstimo concedido. Além disso, constou da proposta de empréstimo, a cláusula denominada *RIGHT TO TOP*, que conferia, ao grupo financiador, a possibilidade de cobrir a oferta feita por terceiro na aquisição das ações da Invepar (RIBEIRO JUNIOR, 2019, p. 24).

Após audiência de gestão democrática, o pedido de *DIP financing* foi acolhido pelo juízo da recuperação, pelo juiz Daniel Carnio Costa, que também é referência nos estudos acerca de recuperação judicial e falência. Ao considerar os questionamentos dos credores interessados, bem como os esclarecimentos do Grupo devedor, defendeu a autorização da alienação de ativos do grupo a fim de viabilizar a recuperação, visto que, não seria possível aguardar até a Assembleia Geral de Credores para que fossem liberados os recursos esperados para o financiamento de medidas a curto prazo, considerando todo trâmite de leilão das ações da Invepar, direito de preferência da Brookfield e direito de preferência dos acionistas. Ademais, a espera poderia acarretar prejuízos bilionários, conforme pareceres apresentados pelo Grupo devedor. Em seu despacho esclareceu:

O *DIP Finance* é, sem dúvida, umas das questões mais relevantes do presente processo de recuperação judicial. Trata-se de operação comercial fundamental para a sobrevivência das recuperandas e central em relação à sua estratégia de superação da crise. Todavia, a operação proposta envolve a alienação antecipada de um dos ativos mais valiosos das empresas recuperandas. Nesse sentido, observou-se grande resistência de alguns credores, notadamente *bondholders* internacionais, com relação à concretização do negócio proposto (COSTA, 2015, p. 24.725).

Embora alguns credores tenham alegado o privilégio da *Brookfield* em agravos de instrumentos, o Grupo OAS em Agravo Regimental, n. 2150922-97.2015.8.26.0000, obteve a autorização do financiamento DIP, no valor de

500 (quinhentos) milhões de reais e autorização para a imediata liberação de 200 (duzentos) milhões de reais, bem como a constituição de garantia sobre toda a participação do Grupo devedor na Invepar, que possibilitou a liberação das parcelas do financiamento.

O plano de recuperação que previa a venda da participação acionária na Invepar, bem como venda de ativos de companhias do Grupo através do *DIP financing*, foi aprovado em Assembleia Geral de Credores, posteriormente homologado pelo juízo da recuperação. Atualmente, as recuperandas vem cumprindo com os compromissos assumidos no plano aprovado, motivo pelo qual solicitaram o encerramento do processo que se encontra em fase de esclarecimentos e prestação de contas. Pode-se dizer que, juntamente com o caso OGX, o Grupo OAS encontrou uma solução satisfatória à captação de recursos durante o processo de recuperação judicial que vem permitindo a superação da situação de crise.

## 5 FINANCIAMENTO DIP PELA LEI 14.112/2020

A Lei de recuperação vigente, Lei 11.101/2005, ao tratar do financiamento DIP limitou-se a privilegiar o credor assegurando a extraconcursalidade do crédito em caso de falência, bem como a classificação de privilégio geral ao quirografário que seguir provendo bens e serviços após o pedido de recuperação nos termos dos artigos 67 e 84. Tais premissas se demonstram insuficientes para regularizar todas as complexidades que permeiam o financiamento de empresas em dificuldade, além de não apresentar um incentivo ao credor.

Após 15 anos de vigência da LRF, entende-se prazo suficiente para a maturação de algumas discussões pelo Judiciário, entra em vigência a Lei 14.112/2020, na data 23/01/2021, especificamente na seção IV.A, trouxe alterações na legislação referente à recuperação judicial, à recuperação

extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária, no que tange ao financiamento DIP. As inovações referem-se à pacificação de muitas questões e renova discussões. Entre pontos controversos e incontroversos, passa-se a analisar a previsão do financiamento DIP, abarcado pela legislação.

A Lei 14.112/2020 trouxe seção específica para o financiamento DIP, definida como “Seção IV-A: Do Financiamento do Devedor e do Grupo Devedor durante a Recuperação Judicial”, conforme os artigos 69-A a 69-F.

Existem duas possibilidades distintas para a empresa recuperanda, qual seja, a possibilidade prestar garantia fiduciária de bens de terceiro ou do devedor em recuperação, antes da deliberação do plano, desde que autorizado pelo juiz, excepcionalmente a regra do artigo 66, que não permitia salvo previsão no plano de recuperação, e, por aprovação do plano de recuperação.

O artigo 69-A inaugura as previsões acerca do financiamento à empresa em recuperação, e estipula, nos termos dos artigos 66<sup>1</sup> e 67 da Lei, que após oitiva do comitê de credores, o juiz poderá autorizar contratação de financiamento com o devedor, com o objetivo de manutenção das atividades operacionais, bem como das despesas de reestruturação ou preservação do valor de ativos. De um lado propõe a contratação com qualquer pessoa, credores sujeitos e não sujeitos ao processo recuperacional, familiares, sócios e integrantes do grupo devedor. Por outro lado, permite a garantia pela oneração ou pela alienação fiduciária de bens e direitos, seus ou de terceiros, pertencentes ao ativo não circulante (BRASIL, 2020). Ou seja, cabe ao magistrado autorizar a obtenção de financiamento pela recuperanda, priorizando a saúde do processo, o alcance de suas finalidades de interesse

<sup>1</sup> Art. 66. Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo não circulante, inclusive para os fins previstos no art. 67 desta Lei, salvo mediante autorização do juiz, depois de ouvido o Comitê de Credores, se houver, com exceção daqueles previamente autorizados no plano de recuperação judicial.

social, vantagens à devedora, melhora do plano de pagamento e manutenção da atividade da devedora (COSTA; MELO, 2021).

A nova redação do parágrafo único, do artigo 67 da LRF, possibilitou mais autonomia para a elaboração do plano de recuperação judicial, com a inserção de tratamento diferenciado aos créditos sujeitos à recuperação judicial pertencentes a fornecedores de bens ou serviços que continuarem a provê-los normalmente após o pedido de recuperação judicial, desde que “sejam necessários para a manutenção das atividades e que o tratamento diferenciado seja adequado e razoável no que concerne à relação comercial futura”.

O artigo 35 da LRF preconiza a atribuição da Assembleia Geral de Credores em deliberar acerca da alienação de bens ou direitos do ativo não circulante do devedor, não prevista no plano de recuperação judicial.

Cabe destacar a previsão do 66-A, assegurando ao credor que em caso de alienação de bens ou garantia “outorgada pelo devedor a adquirente ou a financiador de boa-fé, não poderá ser anulada ou tornada ineficaz após a consumação do negócio jurídico com o recebimento dos recursos correspondentes pelo devedor” (BRASIL, 2020), por meio de autorização judicial ou prevista em plano de recuperação aprovado.

Os artigos 66-A e 69-B<sup>2</sup> fazem referência a *mootness doctrine*, solução importada do direito norte-americano, já reconhecida pela doutrina e jurisprudência brasileira e inserida na Lei 14.112/2020. Trata-se de estabilidade conferida a determinados atos conferidos pelo juízo ou credores, a fim de trazer segurança jurídica aos envolvidos no ato.

<sup>2</sup> Art. 69-B. A modificação em grau de recurso da decisão autorizativa da contratação do financiamento não pode alterar sua natureza extraconcursal, nos termos do art. 84 desta Lei, nem as garantias outorgadas pelo devedor em favor do financiador de boa-fé, caso o desembolso dos recursos já tenha sido efetivado.

Esta doutrina é “amplamente reconhecida e aplicada pelos juízes norte-americanos, especialmente para apelações relacionadas ao *Chapter 11*, com fundamento no *Article III* da Constituição dos Estados Unidos”, e tem como base, o fato de que uma discussão justa já não é possível quando o direito de uma parte causará danos a outras partes (COSTA; MELO, 2021).

No que se refere às garantias do financiamento DIP, assim como no direito norte-americano em que se refere ao *priming* na seção 364(d) do *Bankruptcy Code*, há possibilidade da recuperanda onerar bens já oferecidos em garantia desde que respeitada a prioridade da garantia antecedente e a condição de que a sobreposição das garantias relativas a um mesmo bem seja menor do que o valor do bem, conforme esclarece o artigo 69-C.

O artigo 69-C, traz um incentivo para a concessão de financiamento desde que autorizada a constituição de garantia subordinada sobre um ou mais ativos do devedor em favor do financiador, dispensando a anuência do detentor da garantia original. Nos parágrafos 1º e 2º esclarece que a garantia subordinada fica limitada ao eventual excesso resultante da alienação do ativo objeto da garantia original, e que a previsão do artigo não se aplica em qualquer modalidade de alienação fiduciária ou de cessão fiduciária (BRASIL, 2020). Do texto, se percebe o incentivo à concessão do financiamento ao autorizar o aproveitamento de garantia de outro credor sem sua anuência, o que confere celeridade e segurança jurídica. O legislador refere como garantia “subordinada” aquela que trata de natureza real sobre a coisa, ou seja, hipoteca ou penhor.

Da leitura do artigo 69-D da LRF, compreende-se que na hipótese de convalidação em falência antes da integral liberação dos valores do financiamento DIP, o contrato será considerado automaticamente rescindido. Nos termos do parágrafo único, as garantias já constituídas e preferências serão conservadas até o limite dos valores efetivamente entregues ao devedor antes da convalidação em falência. Trata-se do adimplemento da

obrigação oriunda do *DIP financing*, protegendo o credor ao conceder-lhe caráter extraconcursal, ou seja, com preferência no pagamento dos créditos na falência, conforme artigo 84 da Lei.

Finalmente, em observância à última previsão que trata a Seção IV.A, o artigo 69-F traz a possibilidade de qualquer pessoa ou entidade garantir o financiamento DIP, mediante a oneração ou alienação fiduciária de bens e direitos, inclusive o próprio devedor e os demais integrantes do seu grupo, estejam ou não em recuperação (BRASIL, 2020).

O financiamento DIP pode ser realizado por qualquer pessoa, inclusive credores, sujeitos ou não ao processo de recuperação judicial, familiares, sócios e integrantes do grupo devedor, conforme os termos do artigo 69-E (BRASIL, 2020). Pertinente a observação do legislador em autorizar o devedor a obter crédito por qualquer pessoa, pois é sabido que na prática essa operação já ocorre, porém, por meio de acordos que apresentavam risco quanto a configuração de confusão patrimonial, conflito de interesses. Assim, estabelece-se uma relação pacificada pela previsão legal propiciando segurança ao financiador, com base no interesse dos referidos agentes. Oportuno destacar que se trata de operação de empréstimo remunerado e que justifique o benefício da devedora e segurança do credor, a fim de evitar confusão que atribua a responsabilização do administrador do financiador.

Logo, é reforçada a segurança jurídica do financiador, diminuindo os riscos da operação e abrindo um leque de garantias passíveis a operação, o que colabora com o ambiente de negócios no ponto de vista do credor e de captação de recursos em prol da empresa devedora.

O que se depreende das alterações da Lei 14.112/2020, especialmente no que se refere ao financiamento DIP, é a previsão de uma seção dedicada ao procedimento a fim de suprir a lacuna deixada pela Lei 11.101/2005. A atualização da Lei permite que a empresa em recuperação judicial seja financiada, oportunidade em que a operação estará garantida por ativos

da empresa já onerados ou não, assegurando que em caso de falência tal crédito seja considerado extraconcursal, conferida a preferência do credor financiador. Neste caso, o legislador supriu parte das necessidades de regulamentação básica no que se refere à matéria, trazendo mais segurança jurídica e incentivo ao financiador.

Pelo estudo da Lei 14.112/2020 é possível verificar um avanço significativo, sendo uma medida de extrema importância para que o financiamento DIP venha a ser usualmente utilizado nos casos de recuperação judicial no Brasil, que conforme visto, vem sendo obstaculizado pelas previsões da Resolução 2.682/1999 do CMN e pela até então precária regulamentação e incentivo da própria Lei 11.101/2005.

Para que sejam atingidos os devidos fins cabe aos operadores do Direito manusear a legislação por meio de soluções menos onerosas e mais eficazes, em prestígio e devida aplicação do direito concursal e seus princípios, que visam a manutenção da atividade e a superação da crise por empresas viáveis.

## 6 CONCLUSÃO

A situação de crise, quando instalada no ambiente de negócios, seja ela de qualquer natureza, oriunda de sazonalidades do setor, gestão ou questões intangíveis que venham a abalar a situação econômico-financeira da empresa, importa em risco da atividade assumida pelo empresário decorrente do livre mercado. O que se deve considerar é o fato de que a não sustentabilidade de um empreendimento produz efeitos e atinge não somente os sócios como os credores, consumidores e demais envolvidos, devido o interesse social que permeia a empresa. Portanto, nada mais justo que a tutela do Direito sobre essa fase de dificuldade.

A Lei 11.101, inaugurada em 2005, permitiu maior chance às empresas viáveis, possibilitando a recuperação via judicial e extrajudicial. A primeira, mais utilizada, apresenta algumas dificuldades no que se refere ao crédito para as empresas recuperandas. Embora tenha sido baseada na legislação estadunidense, até as alterações trazidas pela Lei 14.112/2020, não havia estímulo à oferta de financiamento às empresas sujeitas ao processo, diferentemente da habitualidade e facilidade na obtenção de crédito naquele ordenamento jurídico.

Visto isso, o presente estudo primou pela análise do *DIP financing* ou financiamento DIP, instituto que se refere ao financiamento para empresas em recuperação judicial, considerando a realidade no Direito brasileiro, o comparativo superficial com a lei norte-americana, bem como a análise de dois casos de relevância no Brasil. Na oportunidade se verificou as inovações trazidas pela Lei 14.112/2020 que trouxe alterações à atual Lei 11.101/2005.

Ao avaliar a legislação estrangeira, especialmente as previsões do *Bankruptcy Code*, no que se refere ao *DIP financig*, restou clarividente a usualidade do instituto e o incentivo proposto ao credor financiador. A empresa em reorganização ao ingressar com o pedido fundamentado no *Chapter 11* já é destinatária de financiamento, considerando que, por enfrentar situação de crise, haverá necessidade de financiar sua atividade, políticas de reorganização e os custos oriundos do processo. Para que se facilite o encontro desta finalidade, é que existe regulamentação específica na seção 364 do *Bankruptcy Code*, que tem permitido o soerguimento de várias empresas nos Estados Unidos.

Nesse sentido, comparada à legislação brasileira, constatou-se que inexistia seção específica para a regularização do instituto do financiamento DIP até a vigência da Lei 14.112/2020, o que limitava a previsão, apenas em caso de falência, da natureza extraconcursal do crédito oferecido a empresas em recuperação e o privilégio geral, caso o financiador for credor quirografário.

Logo, diante da singela previsão da Lei 11.101/2005 no que se refere ao tema, é que se entende, que até pouco tempo, inexistia estímulo à aplicabilidade do instituto que representa um dos meios de recuperação mais evidentes para a superação de crise. Não obstante, o Judiciário brasileiro já sinalizava a necessidade da inserção do mecanismo, inclusive, com a sua utilização já em alguns casos, anteriormente a Lei 14.112/2020, já citados no estudo.

Em âmbito legislativo, o cenário se alterou em 23 de janeiro de 2021 quando a Lei 14.112/2020 entrou em vigor e trouxe seção específica ao financiamento DIP, previsões que vieram com um atraso significativo em comparação com a preocupação acerca do tema conforme a evolução da teoria no direito estadunidense.

Desta análise é possível verificar que o preenchimento de algumas das lacunas que a Lei 11.101/2005 apresentava: a) a inexistência de privilégio ao crédito do financiando; b) a baixa ou inexistente segurança jurídica quanto a operação, por não existir previsão específica de garantias; c) possibilidade de constituição de garantias sobre bens já onerados.

Embora seja evidente o progresso legislativo com a Lei 14.112/2020, com a possibilidade de qualquer pessoa se posicionar como financiador da empresa em recuperação, existe outro fator que impede o financiamento DIP, especialmente no que tange à possibilidade de crédito bancário. O *rating* é a classificação de crédito oriunda do Acordo de Basileia, regulamentada pela Resolução 2.628/1999 do Conselho Monetário Nacional. Tal resolução, ao exigir o provisionamento integral do crédito oferecido aos tomadores classificados em nível H, que é costumeiramente atribuída a empresas em recuperação devido à inadimplência superior à 180 (cento e oitenta) dias, representa um impedimento ao crédito oriundo de instituição financeira para empresas em recuperação judicial.

Cumpre esclarecer que a resolução foi editada muito antes da Lei de recuperação, e que mesmo após as alterações trazidas pela Lei 14.112/2020, a resolução não foi alterada e permanece vigente, sendo considerada uma das barreiras ao financiamento DIP no Brasil. Embora tenha se verificado as dificuldades do *DIP financing* no Brasil, o que se espera é que tenham sido parcialmente sanadas a partir das alterações legislativas promovidas nos últimos dois anos.

Foram analisados dois processos de recuperação judicial relevantes, e que se valeram deste método para se reestruturar. Pelo estudo dos processos e, especialmente, diante dos planos de recuperação judicial apresentados, nota-se que o sucesso de ambos os casos se deu por não se tratar necessariamente de crédito oferecido por um agente financeiro, o que eliminou a dificuldade trazida pela Resolução 2.628/1999 do CMN. Em ambos os casos o financiamento se deu por emissão de debêntures, garantidos pela alienação e oneração de bens, propiciando soerguimento das empresas.

Diante desta construção, fez-se breve análise a respeito das inovações trazidas pela Lei 14.112/2020. Por haver uma seção destinada para a regulamentação do financiamento DIP, que em suas disposições prevê os requisitos do procedimento, bem como o incentivo ao financiador por reforçar a possibilidade e facilidade de oferta de garantias e privilégios, entende-se que, as alterações vão ao encontro dos propósitos, propiciando um ambiente de negócios mais saudável e acessível à empresa que enfrenta um processo de recuperação judicial se comparado com os termos da Lei 11.101/2005 no que tange a possibilidade de financiamento a empresa em recuperação.

Por fim, pode-se dizer que o ordenamento jurídico brasileiro, jurisprudência e a recente Lei 14.112/2020, vem se encaminhando de forma a estimular o desenvolvimento da oferta de crédito à empresa em situação de crise e sujeita ao processo de recuperação judicial, financiamento ainda pouco utilizado como meio de recuperação, em função dos embates existentes.

Resta observar que o Banco Central, precisa inovar acerca da atuação das instituições bancárias bem como financiadores de empresas em recuperação, especialmente com alterações da Resolução 2.628/1999. É de amplo conhecimento que o crédito bancário é o mais utilizado entre as empresas e no caso, as que estão em processo de recuperação possibilita o *fresh money*.

O que se vislumbra e se espera do sistema legal e judicial é o estímulo ao desenvolvimento do mercado no que tange a oferta de crédito, para a manutenção da atividade produtiva e preservação da empresa economicamente viável, bem como o desenvolvimento do ambiente de negócios em processos de recuperação judicial.

## REFERÊNCIAS

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Recomendações de Basileia**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/recomendacoesbasileia>. Acesso em: 8 dez. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 8 dez. 2019.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 fev. 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm). Acesso em: 4 dez. 2019.

BRASIL. Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020. Altera as Leis nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 mar. 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14112.htm). Acesso em: 5 maio 2021.

BRITTO, Rafael Campos Macedo. **DIP financing é excelente ferramenta para ajudar empresas a enfrentar a crise**. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2021-jan-24/rafael-britto-entendendo-funcionamento-dip-financing#\\_ftn1](https://www.conjur.com.br/2021-jan-24/rafael-britto-entendendo-funcionamento-dip-financing#_ftn1). Acesso em: 12 maio 2021.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa**: o novo regime da insolvência empresarial. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARAPETO, Maria. **Does debtor-in-possession financing add value?** Cass business school, 106 Bunhill Row, London EC1Y 8TZ, United Kingdom. 2003. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.197.6324&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em: 10 dez. 2019.

CAVALLI, Cássio. Como financiar empresas. **Revista Conjuntura Econômica**, v. 70, n. 2, 2016.

CMN. **Resolução nº 2.682/1999**. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1999/pdf/res\\_2682\\_v2\\_L.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1999/pdf/res_2682_v2_L.pdf). Acesso em: 8 dez 2019.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**. São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial**. v. 3. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, Daniel Carnio. **Processo de recuperação judicial nº 1030812-77.2015.8.26.0100**. Despacho de fls. 24725/24733. 1ª Vara de Falências e Recuperação Judicial da Comarca de São Paulo/SP, 2015.

COSTA, Daniel Carnio; MELO, Alexandre Nasser. **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. Curitiba: Editora Juruá 2021.

DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento das empresas em crise**. 2012. 337 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro. **Financiamento na recuperação judicial e na falência**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

FORTI, Fábio. A interdisciplinaridade da recuperação judicial e a importância do timing do seu pedido e em juízo. In: FORTI, Fábio; NEPOMUCENO, Victor Teixeira; ZIMMERMANN, Lucia Vidigal. (coords.). **Recuperação judicial: da necessidade à oportunidade**. São Paulo: Ed. LTr, 2013.

FRONTINI, Stéfano Helou. **O financiamento DIP na recuperação judicial brasileira: dificuldades e oportunidades**. São Paulo: Ed. LTr, 2018.

MENEZES, Gabriel Florêncio Marques De. **DIP financing of financially distressed companies in brazil – the conditions provided by the brazilian bankruptcy law act as real incentives for dip lenders as in chapter 11 of the american bankruptcy code?** Trabalho de conclusão de curso(Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2015.

NEGRÃO, Ricardo. **Falência e recuperação de empresas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

RIBEIRO JUNIOR, Ailton. **O DIP financing no cenário recuperacional brasileiro: uma análise sobre a aplicabilidade do financiamento de empresas em recuperação judicial no Brasil**. São Paulo: Ed. LTr, 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2150922-97.2015.8.26.0000. Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Carlos Alberto Garbi. Julgado em: 5 out. 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**: 9 out. 2015. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/254846323/agravo-de-instrumento-ai-21509229720158260000-sp-2150922-9720158260000/inteiro-teor-254846350>. Acesso em: 8 dez. 2019.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Processo de recuperação judicial nº 1030812-77.2015.8.26.0100**. 1ª Vara de Falência e Recuperação Judicial da Comarca da Capital. Juiz titular: Daniel Carnio Costa. Julgado em: 23 jun. 2015. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2020/11/Decisa%CC%83o-Honora%CC%81rios-OAS.pdf>. Acesso em: 8 dez 2019.

SCALZILLI, João Pedro et al. **Recuperação de empresas e falências**. Portugal: Grupo Almedina, 2018.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luis Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de empresas e falência**: teoria e prática da Lei nº 11.101/2005. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Almedina, 2018.

SKEEL, David A. The past, present and future of debtor-in possession financing. **Cardozo Law Review**, v. 25, n. 5, 2004. Disponível em: [https://scholarship.law.upenn.edu/faculty\\_scholarship/695](https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/695). Acesso em: 8 dez. 2019.

TMA. **Justiça aprova plano de recuperação judicial da OGX, de Eike Batista**. São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.tmabrasil.org/blog-tma-brasil/noticias-em-geral/justica-aprova-plano-de-recuperacao-judicial-da-ogx-de-eike>. Acesso em: 8 dez. 2019.

TUFANO, Peter. Business failure, judicial intervention, and financial innovation: restructuring u.s. railroads in the nineteenth century. **The Business History Review**, v. 71, n. 1, p. 1-40, 1997.



# O ACESSO AOS SERVIÇOS JURÍDICOS NA ERA DIGITAL: DIFICULDADE OU FACILIDADE PARA OS USUÁRIOS?

Leonardo Jensen Ribeiro

## RESUMO

A digitalização dos processos e procedimentos judiciais, os serviços legais, trouxe inovações para o Judiciário, possibilidades de acesso facilitadoras para os advogados, já que um processo nunca está somente em um lugar. No entanto, também dificultou o acesso para as partes, principalmente de processos terceiros, não só pela quantidade imensa de sistemas (cada Poder Judiciário estadual ou federal tem um sistema distinto), mas também pela dificuldade de acesso geral, normalmente necessitando uma chave que só pode ser requisitada a um servidor judiciário, o que torna isto o mesmo que consultar um feito diretamente, ou consultando um advogado, com o pagamento de valores de consulta e outros. O objetivo geral do estudo é analisar a dificuldade ou facilidade de advogados, partes e interessados na transição do físico para o eletrônico. O procedimento é monográfico, a metodologia é hipotético-dedutiva, com pesquisas bibliográficas e documentais. Ao final, o artigo demonstra que, por ora, a digitalização do processo trouxe velocidade maior aos procedimentos, mas dificultou o acesso aos usuários.

**Palavras-chave:** Acesso. Digitalização. Processos. Serviços legais. Sistemas.

## ABSTRACT

*The digitalization of judicial processes and procedures, legal services, brought innovations to the Judiciary, facilitating access possibilities for lawyers, since a process is never just in one place. However, it also made access difficult for the parties, mainly third parties, not only due to the huge number of systems (each state or federal Judiciary has a different system), but also due*

to the difficulty of general access, usually requiring a key that only it can be requested from a judicial servant, which makes this the same as consulting a fact directly, or consulting a lawyer, with the payment of consultation fees and others. The general objective of the study is to analyze the difficulty or ease of lawyers, parties and interested parties in the transition from physical to electronic. The procedure is monographic, the methodology is hypothetical-deductive, with bibliographic and documentary research. In the end, the article demonstrates that, for now, the digitalization of the process brought greater speed to the procedures, but made access difficult for users.

**Keywords:** *Acces. Digitalization. Law suit. Legal services. Systems.*

## 1 INTRODUÇÃO

A digitalização tanto dos procedimentos administrativos quanto dos procedimentos judiciais foi uma necessidade, disto não se tem nenhuma dúvida. A apreensão da Internet, tão difundida nas residências, em serviços de vendas, nas mãos das pessoas por dispositivos móveis, não se furtaria em chegar no Poder Judiciário.

Foi, portanto, a vinda da sociedade em rede para o mundo jurídico, com a transformação do físico em digital. O prédio do Foro Central I em Porto Alegre/RS estremeceu e todos os que lá estavam foram mandados sair. Depois de uma análise por engenheiros se constatou o óbvio: havia muita gente e muitos processos, muito mais peso do que o antigo prédio fora criado para ter.

Talvez este seja um dos momentos fulcrais, ao menos em nível estadual, para a decisão de apressar a digitalização dos processos. Se construiu, como forma de urgência, um Foro Central II, mas, ao mesmo tempo, se pensavam formas de trazer as diversas classificações e classes processuais para o meio digital e os cronogramas começavam a surgir, e a serem aplicados.

Se a videoconferência parecia uma grande adversidade na vida do advogado e das partes – isso com a preparação toda feita por um serventário

da Justiça, sem nenhuma intervenção do advogado, apenas a necessidade de se parar de frente a câmera e falar, se descobriu que não era nada perto do que estava por vir. Passou a ser necessário fazer toda a distribuição e verificar o andamento de um processo sem andar com ele no colo, sem ter pilhas em um carrinho de compras de feira, sem nunca mais folhear as amareladas e centenas ou até milhares de páginas de um processo físico.

E como isso se traduziria na sociedade? Se os Desembargadores dos Tribunais estavam mandando servidores imprimirem os processos digitais porque simplesmente não sabiam o que fazer com eles e não se acostumavam com o que era digital. Se o advogado ligava dezenas de vezes para o apoio da TI dos Tribunais em busca de socorro, abria vagas de estágio só para que pudesse ter alguém mais conectado com a tecnologia, e dele ficava totalmente dependente. Onde, neste turbilhão de incertezas, ficam as partes, a sociedade em rede?

Acostumados a lerem notícias, conversarem e difundirem informações em alguns toques apenas, desde as crianças até os idosos (os últimos com pequena dificuldade a mais), também não compreenderam muito bem como funcionava sentar, participar de uma audiência dentro de um escritório de advocacia, sem a presença física do Juiz e do Promotor, principalmente agora na circunstância do COVID, mas que veio certamente para ficar, e saíram atônitos dos habitat de seus procuradores, muitas vezes achando que nada estava sendo feito, afinal, se não se pode tocar, quer dizer que nada há.

O primeiro capítulo trabalha justamente a transição do processo físico para o processo digital e a influência desta circunstância em toda a sociedade em rede. Aqui não se exclui o advogado, o promotor, o Juiz da sociedade em rede, porque também são parte desta, mas, como a visão é de uma sociedade em rede perante o Judiciário, estes tomarão um lugar distinto, talvez privilegiado, e a sociedade em rede será lida como as partes, os interessados, a verdadeira

sociedade extrajudicial, que nada tem de conexão com o Direito, senão os problemas que vê, ou que apresenta, e para os quais espera e pleiteia solução.

Neste capítulo os meandros de uma sociedade em rede que se forma inicialmente pela informação, no mundo globalizado movimentado pela internet e pelas redes sociais, será analisado quando inserto em uma circunstância nova: a coerção e todo o poder que é e dá o medo da Justiça, se transformou em uma estranha transmissão que mais parece uma live do YouTube, sendo o Juiz o blogueiro, e a outra parte um mero desafeto a quem se pode fazer comentários e aguardar respostas para poder responde-las com ainda mais fúria digital.

Obviamente não é assim, as tradições e as regulamentações estão e serão mantidas, no entanto, o que se verificará é que a mentalidade do sujeito médio mudou com relação ao Poder. Se já se discutia qual a validade de uma folha de papel entregue por uma pessoa simples que sai de um carro sem uniforme, o tal Oficial de Justiça, que alguns até chamariam de um carteiro *gourmet*, dizendo que o marido deve manter distância da mulher, agora se discute também qual a importância daquele sujeito que não consegue se aproximar do microfone, que tem queda na sua conexão, que se aproxima mais do humano do que nunca, o Magistrado homem, e não o Magistrado Estado-Juiz.

Também se verá que nada escapa ao tempo, e que o costume e a reiteração das práticas faz com que aquilo que era considerado imutável nem seja mais lembrado. Não faz tanto tempo que um sujeito se dirigia a uma empresa para revelar as poucas fotos que o filme da máquina permitia, para recebê-las em alguns dias, verificar se ficaram boas (a maioria ficava desfocada e ruim) e aí partir para uma gráfica ou ali mesmo comprar um álbum, mais um, dentre tantos que já tinha em casa, para chatear os familiares durante um final de semana inteiro de fotos da sua viagem tediosa para alguma praia sem graça que todos já visitaram.

Tudo muda, e não é porque as gerações mudam, há pessoas do tempo destas fotografias, há pessoas de antes delas, e há pessoas que nem sequer viram uma máquina de fotografar, nunca ouviram falar de uma Polaroid, uma máquina que além de tirar a foto a imprimia de imediato, e em algumas sacodidas e poucos segundos depois, o escuro se tornava uma imagem.

Assim também acontecerá com os processos, não querendo, mas infelizmente tendo que adiantar já parte do que se dirá no terceiro e derradeiro capítulo antes das conclusões finais, em pouco tempo, todos, adaptáveis como são, nem lembrarão mais do seu exercício físico particular de carregar dezenas de volumes para casa, de chegar em um Fórum distante e o processo estar indevidamente em carga com outro procurador, concluso ou com o Ministério Público, portanto, indisponível, e, de a parte estar defronte ao Juiz, uma figura que agora verá pela sua tela, seja qual o tamanho que tenha, e que voltará a se acostumar ser a figura do Estado-Juiz, mas que, por ora, no mínimo, parece um sujeito comum, muito estranho e de pouca prática no tal surfe da web.

No segundo capítulo será tratado o tema da efetiva sociedade em rede, respondendo questões fulcrais sobre a existência efetiva desta na sociedade brasileira. A pandemia do COVID 19 não é o objeto do estudo, mas serviu para demonstrar que o acesso da população aos serviços de internet era extremamente precário, e que os dados estatísticos do IBGE por exemplo, apontando mais de setenta e oito por cento da população como usuária diária da Internet, na verdade constituíam uma leitura incorreta da situação.

Considerar alguém usuário de Internet, no Brasil, é perguntar se a pessoa possui dados móveis e consegue ter acesso aos itens básicos como redes sociais e sites de notícias. No entanto, há operadoras telefônicas em que um plano pré-pago, ou seja, que nem contratado com fidelidade é, podendo ser finalizado em um mês (simplesmente não recarregando valores no celular), oferecem estes acessos de forma gratuita em alguns dos itens, então é óbvio que aí há de se considerar que há acesso efetivo de internet? Não! A Internet

é muito mais do que uma conversa em uma rede social, e isto é uma das demonstrações que a pandemia atual lembrou.

Quando se verifica a necessidade, por exemplo, falando na seara jurídica, de acessar uma audiência online e dela participar efetivamente, com qualidade de som e imagem, durante todo o tempo, sem quedas e sem trancamentos, já se exclui grande parte da população brasileira, aquela mesma população que o IBGE considerou de pleno acesso. Isto porque tais circunstâncias movimentam uma carga de uso da Internet que ultrapassa o que a pessoa possui contratado por um mês. Sim, leia-se, uma única audiência de instrução, que tenha a duração de uma hora mais ou menos, irá terminar completamente com um plano pré ou pós-pago de um homem médio para o mês inteiro. O que faz então com os outros vinte e tantos ou trinta dias?

Assim também é na educação, como ser um estudante do Direito em aulas virtuais quando uma única aula semanal movimenta quase todo o contratado da Internet para o mês, e são necessários cinco acessos por semana, ou como fazer isto numa localidade que dista cinquenta quilômetros da sede da cidade, onde, se há conexão de rede, esta conexão é bastante precária, apresenta quedas, é interferida pelas montanhas e cerros, pelas árvores, pela ventania, por qualquer circunstância externa que não da vontade da pessoa.

Nesta bagunça de circunstâncias, além de outras que serão trabalhadas, se espera que a sociedade em rede, a efetiva utilizadora do Direito Digital, seja parte do movimento atual de modificação total e brusca dos processos judiciais e dos procedimentos, e são estas as dificuldades trabalhadas no capítulo, ponderando não só a dificuldade de acesso, mas àquela de compreensão e de verdadeiro empoderamento do Direito, que já vem desde antes, e que fora obrigatoriamente cessada pelo art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, mas que esqueceram de avisar para mais de duzentas milhões de pessoas.

Para concluir os capítulos teóricos, antes de partir para as conclusões do autor, trata-se do que esperar do futuro da sociedade em rede nos serviços Jurídicos, na efetivação do Direito Digital. Aqui, utilizando do que fora tratado nos dois capítulos anteriores, bem como nesta introdução, se pensa tanto na figura do autor e do réu, como na do advogado, do Magistrado, do Promotor de Justiça e dos terceiros afetados direta ou indiretamente.

Se pensa nas circunstâncias de quem teve que aprender em pouquíssimo tempo, e sem piedade ou prolongamentos extensos, o que era um *token*, em que se diferenciava uma assinatura digital de uma assinatura digital desenhada, ou seja, uma assinatura em criptografia (efetivamente válida para o Judiciário), de uma assinatura criada em PDF que é mera réplica da assinatura física da pessoa.

Também em como estas pessoas tiveram que entender com mais amplitude o que era um endereço IP, como usar um serviço de *streaming*, uma plataforma de vídeo. Como correr para as lojas para garantir o último exemplar de uma webcam com microfone que fosse suficiente para assistir e participar dos eventos jurídicos, sendo que tais ferramentas, a webcam e o microfone, pareciam ter sido extintas logo no início da computação pessoal, quando do fim das conversas em redes sociais antigas.

E, neste sentido, o que acontecerá com os processos, será que a sociedade em rede, o homem médio finalmente perceberá que a figura do Juiz, antigamente uma representação legítima da autoridade máxima de um município (se fosse pequena a cidade então quase uma figura mitológica), não passa de um ser humano tentando conectar seu computador e apresentando as mesmas dificuldades que a pessoa do outro lado, tendo os mesmos trancamentos já que usa a mesma Internet, e tendo até mais dificuldade no áudio porque pode ter demorado mais para ir na loja e comprou um microfone mais porcaria que a própria parte.

Como respeitar a figura de autoridade que, por séculos, foi sinônimo de obrigação, de cumprimento, como ouvir o membro do Ministério Público e sua

sapiência, nos pareceres que muito têm de conexão com a vida e com a lógica da existência humana, se metade das palavras estão cortadas, se aquela pessoa que antes sentada ao lado do Magistrado, agora fala de um local com fundo branco, ou, pior, de um fundo criado pelo próprio aplicativo, totalmente falso, por onde cruza, eventualmente, um gato, um cachorro, uma criança chorando.

Também nesta seara, será que a humanização do Judiciário por estas circunstâncias, ao mesmo tempo em que a entrada total no mundo Digital é de todo ruim? Será que perceber e acessar o Judiciário de outras formas, de dentro de casa, o que antes era impossível, possui mais conotações negativas do que positivas? Ficar livre das fichas de atendimento, da alternância entre um advogado e uma parte para ser atendido por um único servidor, por vezes sentar por horas e horas aguardando para saber um movimento, e descobrir que o processo está na mesma prateleira que estava meses atrás, quando estive lá pela última vez.

O encontro da sociedade em rede com o Direito Digital nos serviços jurídicos e judiciais irá demonstrar, em conclusão, primeiro que é inevitável. Segundo que é irrevogável. E terceiro que, como tudo é facilmente esquecível, é extremamente adaptável, talvez para alguns em pequeno, para outros em médio, e até para uns em longo prazo, mas o é.

Por fim, que é necessário, porque não há mais capacidade para que tudo se entenda em rede, e um dos três Poderes da República permaneça engessado e com a visão impedida por pilhas de papéis. Porque vai contra tudo que prega a boa prática da vida, o respeito ao ambiente saudável, a preservação da natureza, a saúde mental e física tanto dos servidores quanto dos Magistrados, Promotores, advogados. Porque é mais célere, porque é melhor, mesmo que se demore a perceber, o que receber seu alvará em um ano, ao invés de cinco, que era a média de tempo de tramitação de um processo judicial em praticamente todos os estados da federação vai entender, e vai transmitir essa informação, naquilo que é o âmago da efetiva sociedade em rede.

Para a elaboração do artigo, são utilizados o método monográfico, de maneira hipotético-dedutiva, com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, esta última principalmente pela análise dos dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE no que tange ao acesso da sociedade a esta efetiva rede digital, e, na parte bibliográfica, no que já foi escrito acerca do Direito Digital e também o que se escreveu antes, as previsões, as ideias aventadas sobre o futuro do Judiciário e da percepção das pessoas sobre os processos.

## 2 DO PROCESSO FÍSICO AO PROCESSO DIGITAL E A SOCIEDADE EM REDE

Os indivíduos são a sociedade em rede, não há nenhum conceito que não dependa destes, porque os conceitos são criados por eles. Nada possui nome ou forma ou classe e natureza que não aquilo que o ser humano criou e disse ser assim. O macaco não se conhece por macaco, o humano o conhece por macaco, porque assim quisemos.

Assim é também com a sociedade em rede, quando se criaram grupos de diálogo que permitiram que pessoas pudessem tratar de assuntos pessoais, de negócios e de todo o tipo de transações em caráter local, comunitário, regional, nacional e até internacional, se estabelece a sociedade em rede.

Neste sentido

A Sociedade em Rede é a nossa sociedade, a sociedade constituída por indivíduos, empresas e Estado operando num campo local, nacional e internacional. Apesar das nossas sociedades terem muitas coisas em comum, são também produto de diferentes escolhas e identidades históricas (CARDOSO; CASTELLS, 2006, p. 9)

Portanto esta sociedade em rede vai aos poucos, ou até poderia se dizer de maneira mais rápida agora do que nos últimos séculos (já que se evolui

em dez anos o que não se evoluía em centenas na Idade Média, por exemplo) abrangendo diversos tipos de serviços e redes, motivada e movimentada pela globalização, começa no setor privado com o comércio, mas não esquece da resolução dos problemas e litígios que, inevitavelmente terão sua resolução na seara do Poder Judiciário.

E aí, neste Poder, esbarram no papel, nos prédios antigos, no furador, no grampeador e nos carimbos, na ausência dos processos porque o servidor os deu em carga de maneira errada para a parte errada, ou porque um procurador retirou em carga e nunca mais os devolveu, necessitando de restauração de autos.

Esbarram justamente no acesso à Justiça, que, na verdade, deveria ser como se leciona, de uma concepção de amplitude imensurável, de irrestrito acesso, praticado por todos, pela sociedade em rede, pelos que estão qualificados para fazê-la e com a participação dos que não estão, com movimentos articulados, por governos, por grupos sociais, pela sociedade civil, permitindo, “de fato e de direito” o exercício da cidadania (REIS; STURZA, 2012).

No entanto, a rede deve ser clara, de modo a que todos possam compreendê-la para integrá-la, porque o homem médio, ingressando sem conhecimento na rede, entra em uma verdadeira arquitetura de que desconhece. Não possui o controle total, porque está em rede, e, principalmente nos serviços de Internet, nenhum controle, já que este é exercido por uns poucos em algum lugar que a maioria desconhece, podendo-se dizer que o preço da liberdade global, efetivamente, é a submissão local a um provedor ou a um ponto de acesso da Internet (CASTELLS, 2014).

No entanto, quando compreendem seu espaço, sua parcela de responsabilidade e de clamor pela melhoria de todos os serviços que virão a integrar ou de que irão necessitar, como indivíduos singulares ou como pessoas na sociedade em rede, se empoderam.

E assim reclamam, e manifestam cada vez mais suas vozes os integrantes desta sociedade em rede, justamente porque em rede, porque a voz de uns tantos ecoa muito mais do que vozes singulares, e porque vozes singulares sofrem de uma coisa que as vozes múltiplas não sofrem: o medo da repressão.

Embora desta maneira não deveria ser, porque desde que se entendem as relações humanas como relações sociais, acessar a Justiça é um direito, inclusive garantido de maneira Constitucional. Portanto, cabe dizer que:

Diante da evolução das relações sociais, o acesso à justiça passou a ser um direito social básico de todas as sociedades civilizadas. O monopólio da jurisdição estatal, que praticamente abarcou todos os conflitos e trouxe para a sua esfera de atuação, acabou por sobrecarregar a suta própria estrutura o que, por outro lado, representa mais um problema a ser enfrentado. [...]. O acesso à justiça [...] acabou por criar inúmeros problemas: necessidade de reorganização da estrutura do sistema judiciário e processual, aumento do número de juízes e servidores, apenas para citar alguns (REIS; STURZA, 2012, p. 94).

A ausência de participação faz com que a sociedade em rede possa se conformar com o que os especialistas do direito, os operadores jurídicos, e, por óbvio, os tribunais de justiça, sejam estes locais, nacionais ou internacionais dizem que são os direitos do povo. Aguarda-se a violação dos direitos para sua reclamação, ao invés de uma participação ativa (RUBIO, 2010).

O que há nas sociedades ocidentais das últimas décadas é o excesso de leis, paralelamente ao decréscimo da força moral das comunidades. A expectativa exagerada na capacidade das leis moldarem condutas e transformar hábitos é enganosa [...] (SCHMIDT, 2015, p. 125).

É isto que deve evitar a sociedade em rede quando reclama parcela da Justiça para si, não como detentora do Estado e das decisões do Estado-Juiz, mas como parte ativa que possui o empoderamento para dizer que conhece o seu Judiciário, que sabe o que lá acontece, que vê na transparência do Poder

e nos seus julgados verdadeiros ensinamentos. Assim prevê o próprio Código Penal pátrio, que a pena seja não só uma aplicação de um cerceamento de liberdade com reintegração na sociedade do preso, mas também um aviso para os demais sobre as práticas delitivas, sobre a atuação efetiva do Estado.

De certo, que ainda não se atingiu o ideal de participação social, uma vez que a ausência de informação nos leva a uma incompreensão do mundo da vida. Necessita-se conhecer, para compreender. Todos têm uma impressão opinativa, porém quais são as pessoas que possuem seus embasamentos formados por pressupostos como a compreensão e a integralidade? (HAMMES; SCHIRMER, 2012, p. 162)

Mas que atuação é esta que ocorre em um processo de que não se tem acesso, porque antes em papel, agora transaciona para o computador, e se antes a parte não tinha acesso porque era complexo ir até o Fórum e aguardar horas por uma ficha, alternando o atendimento entre advogado e parte, agora não tem acesso porque não tem a chave para poder entrar no processo, porque ao mesmo tempo que tudo parece mais transparente, também parece mais difícil.

É certo que os Tribunais e os Magistrados, advogados e Promotores possuem este dever de transparência, de facilitar cada vez mais a compreensão de suas falas e suas práticas para que o homem médio possa compreender a resolução da sua lide, afinal é sua, não daqueles outros. O problema é seu, e a solução buscada também afetará a si, majoritariamente.

Pode-se dizer que a transparência no processo judicial é parte essencial, e não pode ser esquecida ou dificultada com a transição entre o processo físico e o processo eletrônico. Já não se entendia quase nada, em sendo uma parte em processo, de toda aquela documentação juntada, agora então que está particionada em documentos por eventos, necessitando de acessos com senhas e chaves, credenciamentos, ou um código enorme

passado pelo servidor do Judiciário, que nem se sabe direito onde se insere, o caos reina, caso não aclarado por quem de Direito e dever fazê-lo.

A transparência não implica algum tipo de responsabilidade de comprovação de contas a uma pessoa determinada, senão que se trata de uma prática democrática mediante a qual se coloca a informação governamental na lupa da publicidade, para que as pessoas possam efetuar as tarefas que entendam pertinentes, vinculadas com sua revisão, análise e em caso de entender adequado, ativar mecanismos sancionatórios (BRUNET, 2010, p. 185)<sup>1</sup>.

Fato é que a transferência dos processos do meio físico para o digital já ocorre em todo o território brasileiro, é inevitável, irrevogável, e também afeta os processos em andamento, o que não se previu de começo. Verificou-se, portanto, que o andamento digital seria mais célere, portanto, todos merecem este tratamento.

É a verdadeira faceta do Direito Digital sendo exercida diretamente no Poder Judiciário, mas, que deve ser tomada com cuidado, porque sequer ensinada na maioria das classes de alunos graduandos nesta ciência. O Direito Digital caminha, ainda que em passos lentos, para sua afirmação como legítimo, até porque é sim o âmago, a essência daquilo, no mínimo, que é processual e procedimental.

Nesta situação a sociedade em rede fica como demandante dos acessos, da transparência, e, senão de uma melhora imediata, que não, de maneira nenhuma, de piora qualquer no estado dos processos do Judiciário. A celeridade que se implica no Direito Digital, nas transações digitais, em tudo que é digital, é inegável, mas, ao mesmo tempo, é preciso compreender a amplitude de acesso necessário para a população, a complexidade do fluxo

---

<sup>1</sup> La transparencia no implica una suerte de rendición de cuentas a una persona determinada, sino que se trata de una práctica democrática mediante la cual se coloca la información gubernamental bajo la lupa de la publicidad, para que las personas puedan efectuar las tareas que entiendan pertinente vinculadas con su revisión, análisis y en caso de entenderlo adecuado activar mecanismos sancionatorios (BRUNET, 2010, p. 185).

de aprendizado de cada um, e a necessidade de que todos integrem esta sociedade, que agora também possui seu Direito, seu Judiciário, incluso no Direito Digital, e na sociedade em rede.

### 3 DO ACESSO À INTERNET DA POPULAÇÃO BRASILEIRA: AS DIFICULDADES DOS QUE NECESSITAM DO ACESSO AO JUDICIÁRIO

A internet revolucionou a forma como os diálogos em nível local, regional, comunitário, nacional e mundial acontecem, isto é inegável. A partir das redes sociais foi ainda mais facilitada tal comunicação, que passou de assíncrona para síncrona. No entanto foi um terreno sei lei, antes de qualquer um conhecer a expressão *dark web*, a Internet normal, que poderia ser chamada *regular web*, também já tinha suas fraquezas, seus absurdos e violações de direitos constantes.

Criada como um meio para a liberdade, nos primeiros anos de sua existência mundial a Internet pareceu prenunciar uma nova era. Os governos pouco podiam fazer para controlar fluxos de comunicação capazes de burlar a geografia e, assim, as fronteiras políticas (CASTELLS, 2014, p. 139).

No entanto, esta ferramenta sofreu diversos aprimoramentos de segurança, aumento de acesso da banda, das regiões abrangidas, para que, seja por motivos consumeristas ou de diálogo (mas principalmente comerciais, pelos inventores, pelos vendedores de propaganda online), mais e mais pessoas em localidades remotas pudessem dispor da Internet, em variadas formas.

Ocorre que variadas formas representa também variadas formas de conexão, possibilidades distintas, com limites diversos. Pessoas com

planos maiores obviamente terão mais acesso, de maneira quase ilimitada, enquanto pessoas com menos recursos podem ter acesso somente por meio de um *smartphone*, um celular com características de computador e com operacionalidade de um, muito mais barato e acessível do que um computador ou *notebook* combinado com um plano de internet e suas ferramentas.

Tanto virou um costume que adentrou para as pesquisas do Censo nacional. Estar conectado ou não é parte do critério de desenvolvimento das sociedades. Mas, no Brasil, as pesquisas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE erraram e em grande monta quando consideraram o acesso dos brasileiros à internet, tendo em vista que consideraram o acesso de maneira abrangente, ou seja, mesmo alguém com um celular pré-pago, que possua um acesso limitadíssimo e de pouco tempo de internet, foi considerado um habilitado para acessar.

Neste sentido, o número de pessoas com acesso à internet foi considerado imenso no Brasil, dado totalmente incorreto, e que fora melhor demonstrado agora com a pandemia COVID-19. Quando foi necessário fazer algum tipo de streaming, de aula online, se verificou que a maioria das pessoas possuem acessos muito limitados, além de interferências de rede que prejudicam na continuidade, fazem com que a internet seja instável e caia constantemente.

Ocorre que, por exemplo, uma aula de três horas de duração, utilizando programas como o Microsoft Teams ou o Google Meet, gera mais de 700 megabytes de gasto da internet. Os planos de celulares, que também foram considerados como acesso pleno à internet, normalmente são de poucos gigabytes. Veja-se, 1024 megabytes são 1 gigabyte.

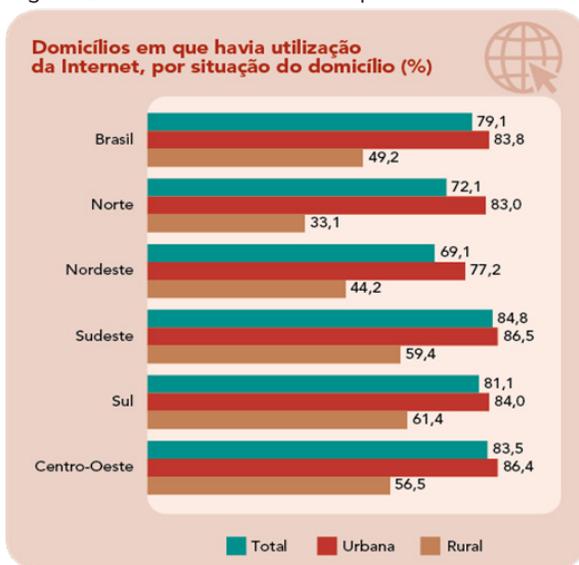
Assim, em uma pequena conta bastante simples, um adolescente que acompanha aulas do ensino médio, ou um estudante de ensino superior, com planos limitados de Internet (aqui nem considerando trancamentos, desconexões por dias, etc.) somente conseguiria acessar

algo como uma semana de aula durante um mês. É óbvio perceber que estaria reprovado por faltas.

Isto também demonstrou que as pessoas não possuem acesso de internet suficiente para serviços administrativos e judiciais. Tanto porque os sites não foram criados inicialmente em versão *mobile*, como também porque os celulares não possuem os itens necessários para o acesso, e, quando possuem, a internet é consumida rapidamente, impedindo a continuidade. “Quando se fala de democracia não somente se deve entende-la a partir do ponto de vista formal ou procedimental. Ela não se reduz exclusivamente a um método para a tomada de decisões coletivas” (RUBIO, 2010, p. 27).

Em circunstâncias normais, isto já seria um problema, porque a pessoa teria que ir até o seu procurador, defensoria pública ou outro tipo de entidade que lhe prestasse assistência jurídica para saber do andamento do seu processo, o que, desde logo, fere o princípio da publicidade, e também o livre acesso da parte aos seus autos, que é um direito certo seu.

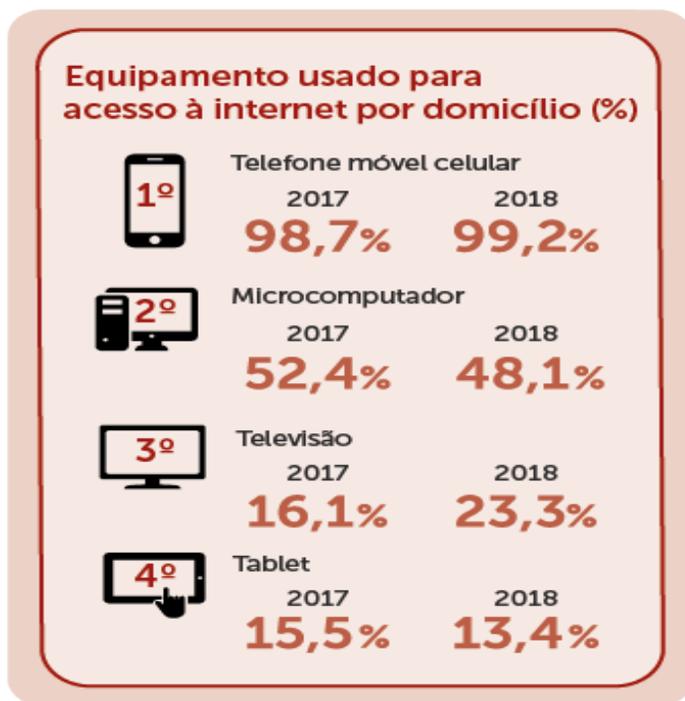
Figura 1 – Acesso à Internet no país



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2018.

Conforme demonstra a primeira figura, o acesso à internet no país já é segmentado e limitado em certos locais, sempre com a região rural como a que possui menor acesso, mas, em termos gerais, todas as regiões do país ainda não alcançaram níveis satisfatórios, já que nenhuma chegou ao nível dos noventa por cento. Isto pode parecer exagerado, porque oitenta e seis por cento como na região urbana do Sudeste pode parecer um grande número, no entanto, há que se lembrar que isto representa dezenas de milhões de pessoas, e milhões destas sem nenhum tipo de acesso.

Figura 2 – Equipamentos utilizados para acesso à Internet



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2017-2018.

A segunda figura corrobora o argumento demonstrado aqui no artigo, de que o acesso em geral é feito por celulares, no item telefone móvel celular, há uma quantidade que se aproxima de cem por cento das pessoas.

Obviamente que ali se considera a possibilidade de uma pessoa ter acesso em mais de um local, mas, como se vê, dos demais itens, uma grande parcela não tem acesso que não seja do celular, e, portanto, limitado ao seu plano ou ao valor contratado no pré-pago.

Assim, pelos próprios dados do IBGE, em confronto de um dos dados estatísticos com o outro, pode se observar que a manipulação das informações, seja por acaso, por algum erro ou proposital, demonstra que o acesso é precário, limitado e restrito, excludente de uma parcela da população, principalmente a rural.

Agora, imagine-se que simplesmente acessar a Internet para uma parcela de milhões de pessoas no país já é complexo, simplesmente para enviar mensagens de texto ou para conversas síncronas em aplicativos, ou para verificar e-mails. Considere-se a possibilidade de estas pessoas, e a necessidade, de terem que acessar os serviços para entrar em uma audiência, principalmente do celular, com telas de quatro, cinco, seis, sete polegadas, minúsculas, em sistemas precários, e ainda sob as penas da Lei em caso de falta, a depender de quem e de qual a circunstância.

Não é possível, ao menos por ora, exigir dos cidadãos brasileiros o mesmo que alguns que criam as tecnologias podem fazer, é preciso utilizar a visão daquele mais prejudicado possível, e partir dela para a melhoria. Se a melhoria for considerada sob o local de visão e de fala de alguém que já tem acesso com computador, com Internet de alta velocidade, continuarão sendo ignorados milhões de brasileiros, e, quando isto importa em penas ou aplicações de multas, como no caso do Judiciário, se torna ainda mais sério.

Tarefa é do Poder Judiciário e seus integrantes, dos professores de Direito, dos doutrinadores, aclarar as circunstâncias de acesso, possibilitar e facilitar o uso por todos, não por meio da tecnologia da informação, porque não lhes diz respeito, mas, a partir da possibilidade de que o cidadão médio possa enfim acessar estes sistemas, auxiliá-lo para a sua independência no acesso.

A independência do cidadão médio para a utilização e empoderamento do Direito Digital é necessária e é compromisso daqueles que detêm o prévio conhecimento, por transmissão, como é com tudo o que precisa ser ensinado.

O espaço institucional do Estado Democrático do Direito e do Poder Judiciário, das Instituições de Ensino, dos advogados, nesta perspectiva, são espaços privilegiados para os fins de fomentar e viabilizar, uma maior articulação das possibilidades implementadoras das condições objetivas à interlocução social reflexiva sobre todos estes temas (HAMMES; SCHIRMER, 2012).

Sobre isso diz Ihering (2004, p. 49)

Essa concepção ideal do Direito não constitui privilégio dos espíritos elevados. O mais rude dos homens é tão acessível a ela como o mais culto, o mais rico, o rico como o pobre, os selvagens mais primitivos como as nações civilizadas. É justamente essa circunstância que nos releva a extensão em que este tipo de idealismo encontra seu fundamento na própria essência do Direito; ele nada mais representa senão o estado de sanidade do sentimento de justiça.

É possível, apenas pela verificação destas figuras, concluir que o país ainda não está preparado para uma digitalização total dos procedimentos jurídicos, principalmente audiências mais longas. Mas e o futuro?

## 4 O QUE ESPERA O FUTURO DA SOCIEDADE EM REDE NOS SERVIÇOS JURÍDICOS?

Se o presente ainda apresenta diversas dificuldades, mesmo com grandes avanços verificados no acesso à Internet em geral, e na digitalização dos processos judiciais e na compreensão dos juristas sobre estas regras, ainda se está pelo menos alguns anos distante a mesma plena compreensão pelo cidadão comum, contribuinte, usuário e destinatário do Judiciário.

Aprender é um processo complexo e desinteressante, ninguém nega que férias, uma ida para a praia, assistir um programa de televisão descompromissado é muito melhor do que estudar. A mente humana inclusive deve ser manipulada para criar o costume de fazê-lo, de tão complexo e não natural que é, mas ao mesmo tempo, de tão necessário e imperativo para a convivência em sociedade.

Diz Platão (2002) que as pessoas precisam de agudeza de espírito para o estudo, para que não tenham dificuldade de aprender. Que em geral, as pessoas têm muito medo dos estudos complexos, e que, neste processo, é necessário achar a memória, a força, e o gosto pelo trabalho e pelo estudo, em todas as suas formas.

Esta é a parte mais complexa, como achar o gosto pelo diferente, por aquilo que desafia, que, no caso, é o Direito Digital, os processos judiciais digitais e todos os procedimentos que deles decorrem, de maneira digital. O que pode parecer assustador, com um processo correto de aprendizagem, vem a ser aclarador, melhor, mais célere e até mais seguro.

Na afirmação mais seguro pode-se sugerir que as invasões de hackers aos sítios dos Tribunais como ocorreram demonstram uma fragilidade, pode até se dizer isto, mas, ao mesmo tempo, se verifica que os problemas foram resolvidos no mesmo dia, que os ataques não passaram do superficial, ou seja, da página inicial, sequer atingiram os processos judiciais, e nenhum efeito prático tiveram.

Pelo contrário, no processo judicial físico, uma pessoa pode, como já ocorreu, arrancar e destruir um documento específico, necessário para o deslinde do processo, e até comê-lo, como um caso clássico do judiciário que ocorreu, quando o servidor entregou o processo para o advogado, e este comeu a prova, já que o servidor saiu para cumprir outros afazeres, e, na ideia da boa-fé, deixou que o procurador tivesse vista dos autos sozinho.

Ao mesmo tempo, há restaurações de autos em praticamente todos os tribunais do país, que podem ser até justificados pelo descuido do procurador, no entanto, muitas vezes são justificados sim pela má-fé, por um ato criminoso, normalmente praticado por alguém que percebe que a lide está em seu desfavor, que está prestes a perder. Então, ao menos no quesito segurança, por ora, se prova melhor a mudança para o processo eletrônico.

É certo que os Desembargadores, como fato notório, mais antigos nos Tribunais, não aceitaram diretamente os processos judiciais eletrônicos, e fizeram pedidos de impressão da íntegra dos processos para leitura. Também não é possível negar que alguns Juízes e Promotores ou Procuradores também tenham feito o mesmo. Tal circunstância vai em total contrariedade com o propósito do Direito na forma como evolui, mas demonstra que todos têm, inicialmente, o mesmo medo.

Assim, Castells (2014) afirma que os intelectuais tradicionais, aqui no caso, por exemplo, os Desembargadores, em um mundo que vive em completa mudança, ficam sim cada vez mais incapazes de compreender o mundo em que vivem, porque a constante mudança do mundo não condiz com a mudança do ser humano. Por vezes este fica congelado em suas circunstâncias, em sua segurança, e não aceita a mudança.

Continua dizendo que os que estão minados no seu papel público acabam por ser efetivamente críticos de um novo ambiente tecnológico, o que efetivamente ocorreu, porque, em verdade, não conheciam, e não queriam conhecer muito sobre estes processos (CASTELLS, 2014).

Mas, a partir do momento em que conhecem os processos e procedimentos, não há mais nenhuma razão para que mantenham este amor injustificado pelo papel e pelos processos judiciais físicos, e a maioria não mantém. É inegável que pegar em um livro, em um documento físico, é mais fácil na acepção do acesso, porque não é preciso ligar um computador ou

algum outro tipo de processador para fazê-lo, pode se fazer até em momentos em que não há energia elétrica.

Mas também é inegável que os andamentos processuais e os procedimentos burocráticos andam de maneira muito mais célere com a digitalização dos processos, e isto é percebido, inicialmente pelos operadores do Direito que estão dentro da Instituição, do Poder, depois pelos advogados, e por último pelas partes e pelo cidadão médio.

Neste sentido o jurista Raymundo Faoro, que sequer esteve presente para perceber as mudanças notáveis que aconteceram nos últimos anos, em razão de sua morte, mas já prevendo mudanças significativas – um dos motivos pela sua distinção em comparação a outros juristas, por sua visão de futuro mais acurada e de maior aceitação do novo.

Diz que o contexto de poder, que está congelado estruturalmente, não necessariamente precisa ficar assim por eterno, faz a analogia da água que descongela quando exposta ao calor, mudando seu estado, e assim também é o Direito, que quando exposto às circunstâncias mutantes e modificadoras da realidade social também será obrigado a se adaptar. “A permanência da estrutura exige o movimento, a incorporação contínua de contribuições de fora, adquiridas intelectualmente ou no contato com as civilizações mais desenvolvidas” (FAORO, 2008, p. 833).

É sim esta a necessidade, de adaptação, de verificar as condições e circunstâncias modificadoras da sociedade, de sua realidade social, que hoje imperam num Direito Digital, na digitalização dos serviços extrajudiciais mas também dos serviços e acessos judiciais, para todos, não só para os procuradores e para as partes, mas para o acesso do público, já que a maioria dos processos, respeitando as regras de direito, são de acesso público.

Este conceito de transparência, que surge do acesso público, é importante porque é parte da coação que faz com que as pessoas obedeçam

ao Direito, fiquem atentas às sentenças, liminares deferidas, casos complexos, fatos de direito que precisam do conhecimento amplo da população, para que tomem ou deixem de tomar decisões e ações que tomariam em outros casos. Para que cumpram efetivamente a Lei.

Neste sentido diz Brunet (2010) que falar de transparência, deve-se entender efetuada por aqueles atos médios nos quais a informação do Estado está colocada ao escrutínio público da sociedade em seu conjunto<sup>2</sup>.

Aí sim poderia se iniciar um debate sobre o cumprimento do art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que obriga, não prevê, mas obriga a todos que conheçam a legislação pátria em sua integralidade, para não se esquivar desta, com argumento do seu desconhecimento.

Com mais acesso e mais transparência dos julgamentos de maneira digital, com mais facilidade para a população, para o homem médio acessar as decisões judiciais, aí sim será possível começar a compreender o cumprimento deste artigo, porque, por ora, parece impossível que pessoas de localidades remotas, somente a título de exemplo, tenham conhecimento de legislações, temas e julgamentos do Supremo passados recentemente, sem que façam uma pesquisa específica para tal, e aí não se pode presumir conhecimento, como a lei obriga.

Não há que se ter vergonha da mudança, ela acontecerá, para bem ou para mal, dependendo da atitude dos atores do Poder Judiciário e também dos atores sociais, que são, neste somatório, todas as pessoas, portanto, se a inércia aproxima do ruim, que as atitudes de aprimoramento e melhoria tecnológica, de esclarecimento do Direito Digital aproximem do ideal, para que, em gerações futuras, noções de princípios como a legalidade, a imparcialidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, não sejam objeto

<sup>2</sup> *“Es decir que al hablar de transparencia la referencia debe entender-se efectuada a aquellos actos por médio de los cuales la información del Estado es puesta bajo el escrutínio público de la sociedade en su conjunto” (BRUNET, 2010, p. 185).*

do décimo semestre de faculdades de Direito, e sim, de conhecimento geral, amplo e irrestrito, e de empoderamento na mesma monta.

Para concluir, é óbvio que o Poder Judiciário implementará de maneira integral, em todas as suas esferas e divisões, o processo judicial eletrônico e todos os procedimentos, aqueles que são exclusivos seus, e os que são também conectados com outros serviços extrajudiciais.

Diante disto, é necessário que o Direito Digital assuma uma posição maior de acesso em faculdades, em legislações, em palestras e conferências de Direito, que esteja acessível, assim como a melhoria da Internet e o aumento do acesso para um nível, que possa parecer utópico, mas de cem por cento das pessoas do país, para aí sim se alcançar a efetividade do acesso, do conhecimento e do respeito às Instituições Judiciárias, como ocorria outrora com os processos físicos, e que foi lentamente se perdendo com a circunstância do digital, mas que está se retomando com a compreensão, ainda que lenta, das pessoas sobre a manutenção da formalidade judiciária, mesmo que vista de uma tela de algumas poucas polegadas, de dentro de um escritório de advocacia, ou de qualquer outro lugar que possibilite o acesso remoto.

Inegável também que as gerações novas, com a instituição do ensino digital, com a afirmação do Direito Digital, já virão com novas posições acerca dos processos judiciais, mesmo os que não são diretamente conectados ao Direito, até porque muitos outros processos administrativos e burocráticos em geral já estão passando por este tipo de crivo.

Não que os juristas mais antigos não possam se adequar, e muitos o fazem, mas é inegável que as pessoas, a partir de um certo momento da vida, sustam a evolução dos seus conceitos, negam-se a progredir, porque já progrediram muito, porque ajudaram no progresso da sociedade, e porque estão cansados. É importante frisar: o ser humano cansa. Ele faz a sua parte,

mas em algum momento, principalmente transcorridos muitos anos, ele cansa. E aí é a hora de outros o substituírem e continuarem a melhoria.

Conclui portanto, o presente capítulo, que a melhoria dos serviços pelo incremento e estabelecimento integral do processo eletrônico, a melhoria do acesso para as pessoas em geral aos serviços de Internet, a compreensão do processo digital e do Direito Digital, bem como o auxílio dos serventuários de Justiça, dos Magistrados, dos Promotores e dos Advogados, para os homens médios, fará com que as pessoas acompanhem o progresso.

É inevitável, é irrevogável, irreatável, o Direito Digital irá se impor, entrar nos históricos acadêmicos, a digitalização dos processos judiciais será completada nos próximos anos, e o acesso das pessoas à Internet em geral, e, posteriormente, ao específico dos serviços judiciais, deve ser melhorado, assim também se observando o princípio da publicidade.

Que venham todas as melhorias necessárias, porque fazem parte do processo contínuo de aprimoramento da humanidade, e, por mais rejeitadas que sejam de começo, passam a ser parte da sociedade em pouquíssimo tempo, e, com o esquecimento rápido da população, em alguns anos, o processo físico será somente uma lembrança e uma peça de museu, junto de outras tantas tecnologias que, inicialmente lutou-se tanto para que permanecessem, mas que, ao se ver que a nova tecnologia era superior, melhor e mais efetiva, como é o Direito Digital, não há mais que se opor à melhoria. Assim sempre será.

## 5 CONCLUSÃO

É inegável que o Direito, oportunamente, se tornaria Digital, como todos os serviços administrativos também caminham, conjuntamente com os jurídicos, para este tipo de conclusão. Não há alternativa, não há questionamentos, não existe um plebiscito ou, posterior, um referendo.

Não sendo a escolha do cidadão, há que se confiar nas mudanças de acordo como elas aportam, pelos rostos desconhecidos que as promovem. No entanto, é complexo fazê-lo, já que estes rostos desconhecidos costumemente possuem acesso aos itens mais tecnológicos disponíveis no país.

Do outro lado, está a maioria da população, até os advogados, os juristas em geral, não preparados, que vieram de uma data da máquina de escrever, partiram para os computadores com dificuldade, mas os documentos ainda eram impressos. Agora não mais.

Além de ter que se acostumar com uma gama imensa de sistemas diferentes, criados por Tribunais que simplesmente não conseguem dividir suas tecnologias, ou que, a exemplo do TJRS, primeiro criam uma tecnologia falha, levam anos para admitir o fracasso, e aí pedem o socorro da Justiça Federal, ainda há que se acostumar com diversas outras ferramentas.

As limitações de tamanho dos PDF's, que criam a necessidade de ter que ir até sites de compressão, partição ou junção destes documentos, normalmente escritos em inglês, com diversas propagandas e botões falsos para direcionar para outros sites, nada disto era da vida de um jurista, o costumeiro era pensar o Direito mais apropriado para a circunstância, escrever e falar, resolver, sacar o alvará, e partir para o próximo. Nunca mais será assim.

Tantas foram as dificuldades, mas também as melhorias, em diversos setores, e para diversos setores. Quando o Judiciário melhora, a sociedade em rede se aprimora, porque qualifica mais um serviço de modo célere, efetivo e dinâmico, e, principalmente, participativo.

No primeiro capítulo se abordou a transição entre o processo físico e o processo digital, e a implicação destas circunstâncias na sociedade em rede. Se objetivou colocar os Magistrados, os advogados, Promotores em uma esfera distinta daquela que trata da efetiva sociedade em rede, simplesmente

porque se fala de uma visão desta para aquela, ou seja, da sociedade para o Judiciário, mas nunca negando que também são parte integrante desta sociedade em rede, porque antes de tudo humanos, utilizadores dos mesmos serviços, porque antes de tudo, sociedade.

Neste capítulo foi possível verificar que a sociedade em rede passa por diversas fases em tempos distintos a depender de quem está analisando a circunstância, mas todos certamente viram o Magistrado em sua figura humana, e, certamente, nem que por alguns segundos, deixaram totalmente de crer no Estado-Juiz e viram o homem ali sentado, um igual. Mas, que com o costume, o fim dos processos físicos, o aprimoramento dos serviços e da prestação jurisdicional, este Estado-Juiz volta a sua figura originária e secular de autoridade.

Que o Promotor de Justiça, que sempre representou uma voz de razão e alguém que não só era necessário, mas era bom de ser ouvido, porque não tão compromissado com a ação como o Magistrado que deve cuidar sua imparcialidade, tem a liberdade maior de tecer comentários construtivos para as partes, para a lide, e para o aprendizado em geral das pessoas, passou também por uma fase de descrédito, em que era apenas mais um sujeito em um dos quadradinhos da câmara.

A sociedade em rede foi adaptável em todos os sentidos e todos os itens que julgou necessário entrarem para o seu complexo grupo de itens modificados, adaptados e melhorados, e, o Judiciário foi também assim escolhido, e também assim transformado. Igual aos demais, passou pelas fases que precisava para que o povo, tão diferente e complexo como é, entendesse o Direito Digital, com a sua devida importância, como necessário, como obrigatório.

No segundo capítulo foi possível observar que as pessoas que eram consideradas de pleno acesso aos serviços de Internet, em verdade não são. Erra o IBGE na forma como obtém os dados, simplesmente porque considera

qualquer um que possua qualquer tipo de conexão com a Internet como um usuário efetivo. E assim não é.

Talvez o desconhecimento seja um mero caso fortuito, mas parece muito mais um aproveitamento, uma maquiagem de um dado que se mostraria muito pior do que é. Aqui se pode fazer uma analogia com o analfabeto funcional. Caso a pessoa saiba escrever seu nome, e mais uma ou outra palavra, já não mais se pode considerá-la analfabeta, mas o analfabeto funcional ainda existe tão somente nos estudos científicos, porque, se assim se fosse considerar a população brasileira, nos rígidos moldes da interpretação de tal nomenclatura (saber ler e interpretar um texto, apontando seu conceito e suas ideias gerais), os números seriam muito maiores.

Também assim foram maquiados os números da pobreza extrema no país, visto que com auxílios, benefícios ou até com a melhora da renda, as pessoas passaram da pobreza extrema para a pobreza. Se comemorar isto como uma grande vitória, sendo que o passo que foi dado foi de zero para um, numa contagem até o infinito, não é certamente a maneira mais correta, mas, pior ainda, é o fato de que tal só aconteceu porque os benefícios ou ganhos ultrapassavam, por vezes em um real, ou centavos, o valor considerado para a extrema pobreza.

Não ser extremamente pobre pela margem de um real mensal é o mesmo que estar na sociedade em rede e não conseguir participar de uma audiência por falta de Internet no plano do celular. São as falácias que assolam e dificultam em muito o alcance das políticas públicas e das melhorias que fariam com que, efetivamente, uma pessoa pudesse ter uma conexão decente, um acesso digno, que faria efetivamente sua entrada para a sociedade em rede.

Se viu, neste somatório de dificuldades, a específica da complexidade do acesso ao judiciário, principalmente no que tange às audiências, já que movimentam muito da conexão e dos dados móveis, que impossibilitam o

acesso, ou a permanência, ou até a oitiva das pessoas, pelo áudio cortando, pelo vídeo que não funciona, pelas várias circunstâncias impeditivas.

Já o terceiro capítulo vem com o ar que Milton Santos já dava nos seus estudos sobre o Brasil, uma leitura negativa e uma sobreposição de uma leitura positiva, para que a pessoa não perdesse totalmente a crença no melhor, mas ficasse alerta para não deixar acontecer o pior.

Na pergunta do que espera o futuro da sociedade em rede nos serviços jurídicos, a resposta é simples, a melhoria contínua com o progresso, o costume das pessoas, dos Magistrados, dos advogados, dos Promotores de Justiça, pela prática reiterada dos atos, que leva, inegavelmente, a, no mínimo, uma execução suficientemente boa.

Possibilita, portanto, considerar o Direito Digital como parte integrante da sociedade em rede, e a sociedade em rede como parte integrante da sociedade brasileira, porque a aceleração das melhorias, seja pela circunstância atual de pandemia, seja porque o prédio de Porto Alegre quase despencou com todos dentro, seja porque é o melhor a se fazer, imporá necessariamente a extinção e o total esquecimento dos processos físicos.

Neste ponto é importante considerar também como uma vantagem a memória totalmente fraca do povo brasileiro e sua facilidade em absorção de novas ideias, a partir do momento em que deixa de se assustar com elas, pela prática ou pelo ensinamento por algum familiar. Sempre foi e sempre será assim. O surgimento da rede social Facebook simplesmente aniquilou com a outra rede social antes dominante, chamada Orkut.

No entanto, foi tanta a popularidade do Facebook que pessoas de idade mais avançada também quiseram surfar nesta onda da web, e, do primeiro susto e da primeira ideia de que tudo aquilo era um esquema maligno de uma corporação estrangeira, para a primeira postagem de bom dia, pelas seis da manhã, foi um movimento muito rápido. E este movimento inclusive afastou

os jovens desta rede social, já que não querem estar no mesmo espaço de sociabilidade que sua avó.

Fez com que migrassem, e assim criou novas, e assim é com tudo, os exemplos de redes sociais são simplesmente perfeitos para ilustrar também o que acontecerá com os processos. O advogado jovem já quer o processo digital, já está acostumado com o e-book, com o Kindle, ele não quer carregar pilhas de processos, quer um escritório minimalista.

E assim o progresso vai, porque o advogado mais antigo também percebe que não pode ficar para trás, que o da “moda” agora não é mais quase não ser visto entre tantos processos em uma mesa antiga com uma pasta da época da formatura e um anel extremamente brega. Este progresso é o progresso da sociedade em rede, do Direito Digital, do Direito em si.

Se assim for, que seja, porque é melhor, porque os processos ficam mais céleres, porque ficam armazenados com mais cuidado, nunca mais será necessário reconstituir autos, nunca mais um advogado perderá sua viagem para uma cidade distante para vista de algum processo, o Promotor poderá criar seu parecer de qualquer lugar que lhe pareça conveniente, e o Magistrado poderá despachar do conforto de onde achar confortável. As partes vão demorar, mas verão a efetividade, principalmente quando chegarem os valores, e chegarem bem mais rápido, mas que bruxaria é esta? Um ano para receber? E toda aquela história de que só meu bisneto é que veria este precatório?

São as construções sociais da sociedade em rede que possibilitam o progresso, e, se este parece forçado, imposto, que seja, porque tudo que aqui está, seja material ou imaterial, foi feito porque alguém ou alguns impuseram sua vontade. No Judiciário não é diferente, enquanto muito se falava sobre, pouco se fazia, mas a pressão do progresso é irresistível, o tempo é incansável, não pára, e destrói tudo aquilo que é antigo, ultrapassado.

Que bom que a sociedade em rede está aqui, que bom que o Direito Digital pode, finalmente ser incluído, inclusive como disciplina nos estudos jurídicos, já que será o âmago de tal ciência. Ao menos uma vez, a Justiça não tardou, e desta vez, ao contrário do ditado (porque falha, e falha muito), ao ingressar na sociedade em rede, e respeitar o Direito Digital, não falhou.

## REFERÊNCIAS

BRUNET, Laura Nahabetián. **Acesso a a la información pública**: pilar fundamental del buen gobierno. Montevideo: AMF Amalio M. Fernandez Editorial y Libreria Juridica, 2010.

CARDOSO, Gustavo; CASTELLS, Manuel (org.). **A sociedade em rede**: do conhecimento à acção política. Belém: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2006.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008.

HAMMES, Jaqueline Machado; SCHIRMER, Candisse. A participação popular como elemento intrínseco para a efetivação da cidadania. *In*: COSTA; Marli Marlene Moraes da; RODRIGUES, Hugo Thamir (orgs.). **Direito e políticas públicas V**. Curitiba: Multideia, 2012.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Tradução de Richard Paul Neto. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 2004.

IBGE. **Uso de internet, televisão e celular no Brasil**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/materias-especiais/20787-uso-de-internet-televisao-e-celular-no-brasil.html>. Acesso em: 21 jan. 2021.

PLATÃO. **A república**. São Paulo: Editora Martin Clart, 2002.

REIS, Suzéte da Silva; STURZA, Janaina Machado. Reflexões sobre o acesso à justiça enquanto perspectiva de efetivação do exercício pleno da cidadania. *In*: COSTA,

Marli Marlene Moraes da; RODRIGUES, Hugo Thamiir (orgs.). **Direito e políticas públicas VII**. Curitiba: Multideia, 2012.

RUBIO, Davi Sánchez. **Fazendo e desfazendo direitos humanos**. Tradução Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010.

SCHMIDT, João Pedro. Amitai Etzioni e o paradigma comunitarista: da sociologia das organizações ao comunitarismo responsivo. *In*: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (orgs.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Tomo 15. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2015.

# FUNÇÃO JURÍDICO-SOCIAL DA MÍDIA: O PAPEL E A QUALIDADE JURÍDICA DO CONTEÚDO CRIMINAL DIVULGADO PELA MÍDIA TELEVISIVA BRASILEIRA

Juliana Barth Litivin  
Gustavo André Olsson

## RESUMO

O presente artigo, partindo de uma análise hermenêutica e funcional-comparativa, busca evidenciar a complexidade da interação entre a mídia televisiva e o Direito, assim como discutir as diferenças entre a percepção social e interna dos meios de comunicação e a sua função jurídica na sociedade democrática. Desse modo, busca compreender e analisar de que maneira a mídia televisiva brasileira cumpre uma função social, em relação à comunicação jurídica, ao divulgar casos criminais de ampla repercussão. Apoiando-se na Constituição Federal, bem como na Doutrina especializada, construiu-se um cotejo teórico entre a função jurídica da mídia televisiva na sociedade da informação (a partir da perspectiva jurídica). Após, inverteu-se o olhar, analisando o entendimento da própria mídia sobre qual, segundo auto-observação, seria o seu papel frente ao conteúdo criminal televisionado. Por fim, passou-se à uma apreciação crítica sobre o crime como produto lucrativo para as emissoras de TV, ressaltando, riscos eminentes na publicização dos atos processuais penais. De fato, observa-se que a mídia utiliza recursos para atrair e conquistar a confiança dos telespectadores, sem, muitas vezes, necessariamente, estar conectada com a qualidade jurídica da comunicação. Os meios enriquecem o debate democrático ao fiscalizar a atuação do Poder Judiciário, mas, paralelamente, aproveitam-se da exposição para satisfazer interesses mercadológicos, impulsionando, ao mesmo tempo, precipitados julgamentos midiáticos.

**Palavras-chave:** Função Social. Mídia Televisiva Brasileira. Casos Criminais. Limites Jurídicos.

# 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a analisar a mídia televisiva brasileira quando da divulgação de casos criminais. Com isso, objetiva-se compreender se o veículo midiático cumpre a função social estabelecida juridicamente pela Constituição Federal Brasileira. Isso, porque, em aparência, o veículo midiático televisivo, embora desempenhe expressiva e relevante atuação na difusão de informações e impulsão de opiniões, por vezes, ao expor casos criminais de comoção social, poderia deixar de cumprir, de forma eficaz, o papel de fiel mediador entre o fato propriamente dito e o público telespectador. Assim, nessa hipótese, poderia transmitir conteúdos jurídicos que refletiriam de forma superficial e pouco precisa o acontecido, bem como os desdobramentos dele decorrentes, ocasionando por consequência, uma cegueira jurídica frente às decisões que envolvem o direito processual penal.

A importância disso está relacionada com o fato de que a comercialização e superexposição de fatos criminais, passou a ser também um produto altamente lucrativo para os veículos televisivos, o que pode deturpar, de alguma maneira, a verdadeira função do meio comunicacional de massa. Ademais, o impacto social da pesquisa é relevante, na medida em que a mídia ocupa um papel central na vida dos brasileiros. Mais que entreter, a televisão aproxima pessoas e culturas, informa, fornece e provoca sentidos e, até mesmo, constrói e alimenta estereótipos. Dessa forma, cria-se uma consciência coletiva sobre o fato e as personagens constantes em suas narrativas.

A mídia é geradora e transmissora de informações, inserindo-se nas mais diversas áreas do conhecimento, provocando, assim, significativas alterações na percepção da realidade social. Não basta assistir o que a mídia divulga é necessário buscar particularidades, lançar um olhar de estranhamento, para assim, identificar e ressignificar os sentidos que

são lançados ao público receptor. Daí, a necessária busca pela verificação da qualidade das comunicações relacionada com o direito criminal: cada área interfere, ainda que em graus distintos de amplitude, no cotidiano da sociedade, bem como nas formas de apreciação do mundo.

Nesse contexto, fazendo uso de uma abordagem hermenêutica e de um procedimento funcional-comparativo, a pesquisa procura reconstruir a função jurídica da mídia, a partir de um olhar externo, delimitado pelo sistema jurídico. Após, reconstrói a percepção interna dos meios de comunicação televisivos a respeito de sua função social, como forma de verificar e comparar a auto-observação com a observação proveniente do sistema jurídico.

Nesse contexto, a pesquisa é dividida em quatro partes, iniciando com a reconstrução da importância da mídia na sociedade (que leva à discussão a respeito de uma “sociedade da informação” e suas características). Após, perpassa pela reconstrução das funções jurídico-sociais da mídia, no sentido dos delimitadores Constitucionais brasileiros como forma de permitir a comparação entre a função jurídica e a auto-observação do meio de comunicação televisivo (em relação à sua função social). Por fim, fazendo uso dessas informações, busca evidenciar a complexidade dessa interação, assim como discutir as diferenças entre o funcionamento social da Comunicação e do Direito.

## 2 A EVOLUÇÃO DA FUNÇÃO DA MÍDIA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

O século XXI é marcado por sensíveis transformações no campo tecnológico. Com o surgimento de novas plataformas digitais, mudou-se a forma de produzir, divulgar e consumir informações. Além disso, expandiu-se o alcance da comunicação em sociedade, ocasionando uma interação global e, praticamente, instantânea, onde os indivíduos se tornaram produtores do

próprio conteúdo. Paralelamente, aumentou a preocupação com a função exercida por esse veículo difusor. Diante desse cenário de constante transição, uma expressão passou a figurar com recorrência e intensidade: “sociedade da informação”<sup>1</sup> (TAKAHASHI, 2002 *apud* OLIVEIRA; BAZI, 2008).

Diversas são as terminologias utilizadas por sociólogos, visando a definir o período de transição histórica na sociedade, entre os quais, destacam-se: “sociedade pós-industrial, sociedade programada, sociedade da informação, sociedade tecnocrática, revolução informacional, terceira onda” (DANTAS, 2007, p. 127). Assim sendo, “embora não haja um conceito rigoroso sobre o termo sociedade da informação, percebe-se que o seu significado está associado ao momento de transformações pelo qual passam as sociedades contemporâneas” (ARAÚJO; ROCHA, 2009, p. 9-20).

Sublinha-se que “o vocabulário sociedade da informação se impôs como um logotipo da assim chamada globalização” (MATTELART, 2006, p.171-172). Seguindo essa perspectiva, assegura-se que o termo “Sociedade da Informação”, “[...] surge como uma mudança de paradigma tecno-social presente na sociedade pós-industrial, visando o uso da informação como moeda para a sociedade em constituição naquele momento” (SANTOS; CARVALHO, 2009, p.45-55). Logo, a nomenclatura “Sociedade da Informação”<sup>2</sup>, adquiriu novas interpretações (WERTHEIN, 2000).

O avanço tecnológico, por sua vez, provocou mudanças significativas na sociedade (BELL, 1973). A informação que, em períodos históricos antecedentes, restringia-se à determinada parcela da população,

<sup>1</sup> Segundo Takahashi, o conceito “‘Sociedade da Informação’ se deu na década de 1970, especialmente no Japão e EUA, no âmbito de discussões sobre o que seria a ‘sociedade pós-industrial’ e quais seriam suas principais características” (TAKAHASHI, 2002 *apud* OLIVEIRA, 2008).

<sup>2</sup> A nomenclatura “Sociedade da Informação”, “[...] passou a ser utilizada [...] como substituto para o conceito complexo de ‘sociedade pós-industrial’ e como forma de transmitir conteúdo específico do ‘novo paradigma técnico-econômico’”. Dessa forma, possuem como objetivo “[...] não mais os insumos baratos de energia – como na sociedade industrial – mas os insumos baratos de informação propiciados pelos avanços tecnológicos na microeletrônica e telecomunicações” (WERTHEIN, 2000).

transformou-se em produto extremamente valioso cuja transmissibilidade ocorre em larga escala e a nível mundial. Como consequência, reflete diretamente nos setores sociais, culturais e econômicos. A comunicação é um negócio<sup>3</sup> (THOMPSON, 1995).

A “democratização” da informação (decorrente do maior acesso e circulação) permite que novos atores produzam conteúdo, da mesma forma que estes são contaminados por aquilo que é divulgado. Dessa maneira, surge uma nova relação entre homem e tecnologia, resultando diretamente na absorção de conhecimento. “Uma sociedade pós-industrial tem como base os serviços. Assim sendo, trata-se de um jogo entre pessoas. O que conta não é a força muscular, ou a energia, e sim a informação [...]” (BELL, 1973, p. 148-149). Por outro lado, a tecnologia é “[...] fruto das relações econômicas e sociais de uma época, numa intrincada relação, em que vários fatores são variáveis e devem ser observados” (MARTINI, 2017, p. 29).

Verifica-se, no que diz respeito aos contatos sociais, que “desde o tempo das inscrições rupestres pré-históricas até o das redes computacionais virtuais, os seres humanos *comunicam* seus sentidos, anseios e necessidades”, assim, constroem “a teia relacional que sustenta os *processos sociais*” (FERREIRA, 2003, p. 165). Logo, a informação, “[...] passa a representar o recurso central e, no seio das organizações, uma fonte de poder” (BELL, 1973, p. 149).

Tem-se que “um dos principais indicadores do desenvolvimento da sociedade da informação é a penetrabilidade das tecnologias de informação na vida diária das pessoas e no funcionamento e transformação da sociedade como um todo” (MIRANDA, 2000, p. 77-88). No entanto, na mesma proporção em que o acesso à informação reduz inseguranças também faz crescer a dependência, a individualidade e a competição entre usuários<sup>4</sup> (BAUMAN,

<sup>3</sup> Nesse contexto, “foram desenvolvidos meios técnicos que, em conjunto com instituições orientadas para a acumulação capitalista, possibilitaram a produção, reprodução e circulação das formas simbólicas numa escala antes inimaginável” (THOMPSON, 1995, p. 9).

<sup>4</sup> “A sociedade moderna existe em sua atividade incessante de ‘individualização’, assim como

2001). Trata-se de uma forma diferente de viver, conectada, todavia, com os desenvolvimentos comunicacionais da sociedade global (que, por sua vez, em maior ou menor medida, é replicada em cada contexto social existente no globo). Por esse motivo, “na ‘sociedade da informação’ o uso da informação é a peça chave para que um cidadão possa se tornar um agente ativo dentro da rede” (SANTOS; CARVALHO, 2009, p. 45-55).

Portanto, “[...] a informação é algo que, ao se dividir, seu conteúdo não se diminui em absoluto, como é no mundo dos átomos, ao inverso: expande-se e cresce, multiplica-se” (MARTINI, 2017, p. 36). Estabelece-se um conjunto de ressonâncias comunicacionais, de diversos graus, possibilidades e temporalidades “espirais” (porque não estão “fechadas” entre si, de modo que sempre se deslocam para uma nova posição), que vão se irradiando dentro do sistema social e, por sua vez, gerando mais ressonâncias (quando o tema é reconhecido – a partir dos critérios e agendas comunicacionais – como merecedor de replicação social) (DETONI, 2015, p. 13)<sup>5</sup>.

Detoni (2015, p. 13), pontua que “nessa nova sociedade, cuja principal *commodity* é a informação, o poder dos grandes conglomerados mundiais de mídia é cada vez maior não apenas na economia, mas também na vida pública”. De fato, percebe-se que “[...] os meios de comunicação de massa, especialmente o rádio e a televisão, transformaram-se, a partir de meados do século XX, na grande ‘ágora’ das discussões sociais, o local privilegiado onde a nação se ouve, se vê e se encontra”. Embora, no fundo, isso ocorra (na mídia televisiva) por conta de seu impacto e interesse econômico no processo e no resultado: são informações construídas e buscadas para serem instrumentalizadas em métodos diretos e indiretos de criação de capital e que, apenas como consequência dessa forma de explorar as informações e

---

as atividades dos indivíduos consistem na reformulação e renegociação diárias da rede de entrelaçamentos chamada ‘sociedade’” (BAUMAN, 2001, p. 43).

<sup>5</sup> Em decorrência, “assistimos, neste início de século, à interessante transformação da sociedade industrial em uma sociedade da informação, que utiliza cada vez mais técnicas industriais para ‘construir’ e oferecer conteúdo informativo” (DETONI, 2015, p. 13).

a comunicação, é que as pessoas se beneficiam, domesticamente falando. E, com isso, vai paulatinamente havendo uma modificação na forma de vida na sociedade, recursivamente alimentando o processo de criação de ressonâncias comunicacionais e culturais. Trata-se, no fundo, de um processo de criação de imaginários a respeito da realidade, o qual, todavia, não está imune à capitalização.

A informação acaba, gradativamente, infiltrando-se no cotidiano popular. Meios difusores de conteúdo tornaram-se membros da sociedade, responsáveis por pautar temas e propagar imaginários. Provocando, com isso, uma interdependência entre o indivíduo e o social. Assim, “a vida desejada tende a ser a vida ‘vista na TV’”, ou seja, “a vida na telinha diminui e tira o charme da vida vivida: é a vida vivida que parece irreal, e continuará a parecer irreal enquanto não for remodelada na forma de imagens que possam aparecer na tela” (BAUMAN, 2001, p. 108-109).

O domínio exercido pelos meios de comunicação faz surgir o que Guy (1997) determinou de “Sociedade do Espetáculo”. Em outras palavras, “o espetáculo nada mais seria que o exagero da mídia, cuja natureza, indiscutivelmente boa, visto que serve para comunicar, pode às vezes chegar a excessos” (GUY, 1997, p. 171). E, nesse sentido, “os meios de comunicação não espelham realidades, mas em parte as formam” (GIDDENS, 2002, p. 32). Sobre a função social exercida pelos meios de comunicação de massa, sublinha-se que a mídia “desempenha papel crucial na sociedade contemporânea com base em seu fundamento mercantil e em seu caráter capitalista: ela *seleciona, organiza, sistematiza e difunde informações [...]*” (FERREIRA, 2003, p. 220-221).

Nesse ato, “quando o mundo real se transforma em simples imagens, as simples imagens tornam-se seres reais e motivações eficientes de um comportamento hipnótico” (GUY, 1997, p. 18). Aquilo que se propaga através dos meios de comunicação acaba por informar e, ao mesmo tempo, formar

uma consciência coletiva, ou seja, uma conduta que se espelha no que se faz ver e ouvir. Também pode gerar uma inquietude no interlocutor, estimulando o debate e a reflexão sobre temas pertinentes da atualidade<sup>6</sup> (SODRÉ, 2006).

Ao longo da história da humanidade, a mídia foi expandindo seu alcance e domínio. Não apenas pautando assuntos, mas, sobretudo, estimulando opiniões e comportamentos. Vive-se a era da informação onde os indivíduos utilizam os meios eletrônicos para consumir e propagar conteúdo. “Todas as sociedades são fábricas de significados. Até mais do que isso: são as sementeiras da *vida com sentido*” (BAUMAN, 2008, p. 8). A sociedade da informação, naquilo que pertine a este estudo, é a sociedade da interconexão social e cultural. E, por isso, na mesma proporção em que a mídia tem o direito de informar, o veículo também conta com deveres, notadamente as delimitações jurídicas encontradas na sociedade (FIORILLO, 2015)<sup>7</sup>. Estas determinações ocorrem “[...] dentro de fundamentos democráticos e objetivos concretos que orientarão os princípios fundamentais do denominado Direito da Sociedade da Informação” (FIORILLO, 2015, p. 19).

### 3 UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL SOBRE A FUNÇÃO SOCIAL DA MÍDIA

Em virtude desse processo de evolução tecnológica, a mídia passou a ocupar um lugar central na vida dos indivíduos. Inobstante, de sua função externa (ainda que genérica), “os meios de comunicação passam a selecionar e a determinar quais os fatos e demais informações que devem ser discutidos na esfera pública” (FARIAS, 2004, p. 117). Dessa forma, funcionam como

<sup>6</sup> “[...] A mídia é estruturadora ou reestruturadora de percepções e cognições, funcionando como uma espécie de agenda coletiva” (SODRÉ, 2006, p. 23).

<sup>7</sup> Diante disso, “os deveres, direitos, obrigações e sanções que decorrem da existência da Sociedade da Informação são por via de consequência estruturados juridicamente em nosso País [...]” (FIORILLO, 2015, p. 19).

uma espécie de filtro da realidade. Assim, como produtora, reprodutora e criadora de ressonâncias, mais do que meramente inserir ideias, a mídia auxilia na formação de opinião, bem como na construção do caráter pessoal. Nesse contexto, há uma mútua dependência: da mesma forma que a mídia necessita do seu público, este mantém forte vínculo com a informação por ela repassada. É nesse sentido que a mídia “[...] é o termômetro da democracia. Quanto mais livre um povo, mais livre a sua imprensa; quanto mais educado e evoluído, mais responsável e socialmente útil é a sua imprensa [...]” (CARVALHO, 2003, p. 3).

Sob o ponto de vista jurídico, o tema é tão relevante que “das sete Constituições brasileiras, a única que não toca no campo comunicacional é a primeira, a Imperial, de 1824” (CABRAL, 2005). E, de outro lado, “dentre as demais, a que mais aborda sobre comunicação é a atual, de 1988 [...]” (CABRAL, 2005). A notável mudança “[...] no constitucionalismo brasileiro é a abertura de um capítulo específico sobre comunicação social com a submissão da mídia a um regime constitucional próprio” (SARMENTO, 2013, p. 2034). E esse fato é muito significativo sob o ponto de vista jurídico, porque eleva os meios de comunicação à uma categoria jurídica essencial, também constitutiva do Estado Democrático brasileiro. Essa importância é evidenciada quando instituiu-se um quinto capítulo da Constituição Federal, a fim de tratar, especificamente, dos direitos e deveres inerentes ao meio midiático<sup>8</sup> (BRASIL, 1967).

Isso demonstra que “[...] a mídia, atualmente, representa o principal meio de acesso às informações pelo cidadão, desfrutando de enorme poder na formação da opinião pública e na definição das agendas de debate na sociedade” (SARMENTO, 2013, p. 2037). Trata-se de um locutor e de um

<sup>8</sup> No ano de 1967, o tema da liberdade de manifestação e pensamento foi objeto de regulamentação pela então instituída Lei de Imprensa nº 5.250/67. No entanto, com o tempo, notou-se que a referida legislação não estava em consonância com princípios adotados pela CF de 1988, motivo pelo qual, por meio da ADPF 130, o Supremo Tribunal Federal optou por não recepcioná-la ao novo texto constitucional (BRASIL, 1967).

interlocutor juridicamente privilegiado e, exatamente por isso, detentor de uma função jurídico-social de tamanha relevância.

Segundo o art. 220, da CF/88, “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” (BRASIL, 1988). Observa-se, portanto, a existência de uma proteção constitucional, a qual garante livre circulação de informações, bem como a manifestação de pensamento ou expressão. Dota-se de proteção e liberdade, como mecanismo de garantia de um exercício pleno do “comunicar”.

Sublinha-se, por outro lado, que “a garantia constitucional de liberdade de comunicação social, prevista no art. 220, é verdadeiro corolário da norma prevista no art. 5º, IX, que consagra a *liberdade de expressão* [...]” (MORAES, 2013, p. 2028). O referido artigo determina que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Na visão de Moraes (2013, p. 2028), “essas normas, embora não se confundam, completam-se, pois, a liberdade de comunicação social refere-se aos meios específicos de comunicação”. No entanto, frisa que “a Constituição Federal [...] regulamenta o sentido mais estrito da noção de comunicação: jornal, revistas, rádio e televisão” (MORAES, 2013, p. 2028).

Dessa maneira, “a liberdade de comunicação social não é exatamente idêntica à liberdade de manifestação ou expressão do pensamento, porque esta é o gênero, enquanto aquela é uma de suas facetas” (BULOS, 2014, p. 1603). E da maneira como a regra está linguisticamente construída, pode-se afirmar que “a amplitude do texto constitucional teve o propósito de afastar quaisquer dúvidas a respeito do âmbito de proteção desta norma, que salvaguarda todas as formas de expressão e comunicação [...]” (SARMENTO, 2013, p. 2037).

Nesse sentido, há um reconhecimento, ainda que implícito, de que a comunicação é um elemento de grande relevância social, inclusive, por conta do impacto que possui a respeito das tomadas de decisões na sociedade (que são pensadas e refletidas a partir das ressonâncias comunicacionais). Há, indiscutivelmente, uma ampla proteção à comunicação, porque, sem dúvida, é um elemento essencial no caminho que as democracias modernas realizam diuturnamente (e, por isso, o grande impacto atualmente a respeito das *Fake News*, que geram consequências sociais graves, sobretudo em relação às tomadas de decisões coletivas e individuais).

Em outras palavras, sendo a informação um elemento essencial para a tomada de decisões individuais, coletivas e sociais, o sistema jurídico brasileiro privilegia uma liberdade e uma proteção como mecanismos de garantia de efetividade a respeito da busca, transmissão, debate e discussão de informações no meio social. Sem a construção e circulação de informações qualificadas de modo livre em uma sociedade, a probabilidade de tomadas de decisões equivocadas cresce exponencialmente (porque as demais informações – errôneas, propositalmente distorcidas ou inverídicas – seguem em circulação, gerando ressonâncias comunicacionais e mal orientando tomadas de decisões individuais, coletivas e sociais).

Inobstante, não se pode perder de vista que o art. 5º, inciso IX, da CF/88, estabelece certas limitações, como ocorre em praticamente todos os direitos. Tem-se que: “a liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação não é um direito absoluto. Tanto é assim que o art. 5º, X, garante a inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra e imagem [...]” (BULOS, 2014, p. 280). Assim, embora haja proteção constitucional, “a liberdade de imprensa em todos os seus aspectos deve ser exercida com a necessária responsabilidade que se exige em um Estado Democrático de Direito” (MORAES, 2013, p. 2028).

De qualquer modo, é verdade que essas limitações estão conectadas com as restrições gerais relacionadas com a população. E, seguramente, visam a um equilíbrio, ou seja, manter uma igualdade entre os direitos que envolvem os meios comunicacionais e as garantias individuais inerentes à pessoa humana. Isso, porque “o arbítrio implacável dos meios de comunicação pode gerar danos irreparáveis, porque o desmentido nunca tem a força do mentido [...]” (BULOS, 2014, p. 280).

Dentro do âmbito sistêmico, “a liberdade de expressão, quando exercida nos parâmetros constitucionais, representa uma salvaguarda para o regime democrático” (FARIAS, 2004, p. 581); e, ao mesmo tempo, é um meio pelo qual pode-se buscar determinadas mudanças e a construção de uma nova realidade (uma tensão entre a estabilidade e a novidade). Por esse motivo, “[...] as restrições às liberdades de comunicação social devem ser vistas com profunda desconfiança, justificando um juízo rigoroso no controle de constitucionalidade” (SARMENTO, 2013, p. 2038). Em outras palavras, no inciso IV, do referido art. 5º, da CF/88, “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (BRASIL, 1988); e, de outro lado, há a limitação (que, paradoxalmente, garante a liberdade).

Em tal contexto, protege-se não apenas a circulação de ideias provenientes dos cidadãos, mas também o pensamento dos profissionais de comunicação, a comunicação em si, assim como todos os objetivos sociais relacionados com essa proteção. Nessa perspectiva, torna-se fundamental mencionar a Reclamação nº 22.328 decidida pelo Supremo Tribunal Federal, em 2018, a qual debateu a preponderância entre o direito à liberdade informativa da empresa midiática em face da proteção da personalidade do sujeito entrevistado. No caso em tela, questionou-se uma possível extrapolação ao limite inerente à livre expressão jornalística. Ainda que não houvesse hierarquia entre os direitos constitucionais, foi preciso ponderar os

interesses conflitantes, motivo pelo qual, nesta circunstância, decidiu-se pela manutenção da notícia no site, a fim de evitar a censura da matéria.

Isso é tão importante (para o desenvolvimento da democracia) que o § 1º, do art. 220, da CF/88, de forma expressa, assegura que “nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social [...]” (BRASIL, 1988). E, do mesmo modo, é com fundamento nesse artigo que se afasta a possibilidade de censura política, ideológica e artística<sup>9</sup> (SARMENTO, 2013, p. 2039), conforme preceitua o texto constitucional no § 2º do art. 220 (BRASIL, 1988). Nota-se, de qualquer maneira, que a censura pode estar presente tanto externamente quanto internamente no tocante a rotina de empresas jornalísticas<sup>10</sup> (PIERANTI, 2005).

Além disso, inserido no rol de parágrafos, constam algumas outras delimitações, como a exigência de lei para regulamentar os espetáculos públicos e diversões (§ 3º, I); a criação de lei para garantir a proteção à pessoa e à família para a defesa contra programas que contrariem o disposto no art. 221, bem como estabelece a vedação contrapropagandas de produtos, práticas e serviços potencialmente nocivos à saúde e ao meio ambiente (§ 3º, II). Por sua vez, o § 4º do referido art. 220 da CF, determina que: “propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior [...]”, logo, “[...] conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso” (BRASIL, 1988). Na sequência, ressalta a proibição de monopólio e oligopólio (direto ou indireto) dos meios de

<sup>9</sup> “A proibição da censura é um dos aspectos centrais do nosso regime constitucional da comunicação social, que explicita o profundo compromisso da Constituição com a democracia e a liberdade de expressão” (SARMENTO, 2013, p. 2039).

<sup>10</sup> “[...] Existe não só a censura externa, praticada pelo Poder Público, como também a interna, praticada por ocupantes de cargos de chefia de publicações ou de programas de cunho jornalístico”. Assim, “enquanto a primeira é vedada pela Constituição Federal, a segunda não é regulamentada, fazendo parte da rotina de empresas jornalísticas privadas [...] essa prática é defendida como zelo aos *interesses* dos órgãos jornalísticos” (PIERANTI, 2005).

comunicação social (SARMENTO, 2013, p. 2041-2042)<sup>11</sup> (§ 5º); e, por último, a ausência de licença de autoridade pública para a publicação de veículo impresso (§ 6º).

Quando se trata especificamente das emissoras de televisão (também direcionados aos rádios e à comunicação social eletrônica – esta última, por determinação do art. 222, § 3º), a questão principiológica está determinada no art. 221, da CF/88: a “preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas” (I); a “promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação” (II); a “regionalização da produção cultural, artística e jornalística [...]” (III) e, “o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família” (IV) (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 1988).

Essa regulação mínima, ainda que possa conter um grande grau de generalidade, é um dos elementos que auxilia na compreensão hermenêutica a respeito da função social da mídia. Isso se apresenta, para além de uma concepção positiva, mas em relação àquilo que refoge ao âmbito desses princípios. Apenas a título de exemplo, não seria possível uma emissora produzir conteúdos sem abranger (ou dar prioridade) a finalidades educativas. Nesse contexto, não há dúvida de que o exercício adequado dessa função social é o elemento que concede legitimidade e liberdade jurídica aos meios de comunicação.

No texto constitucional, o art. 222 aborda a propriedade das empresas jornalísticas. Posteriormente, ainda restou instituída a Emenda Constitucional nº 36 (BRASIL, 2002). Dessa forma, pontua-se que a Constituição (após a EC. Nº 36/2002) prevê que “a responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou

<sup>11</sup> O § 5º, ao dispor sobre proibição de monopólios, busca “[...] evitar o controle do ‘mercado de ideias’ por um ou alguns poucos grupos econômicos” (SARMENTO, 2013, p. 2041-2042).

naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação social” (§ 2º do art. 222, CF).

Essa regra possui várias nuances, dentre as quais, a ideia de que o controle interno se dá a partir de pessoas nacionais, evitando, por exemplo, a criação e propagação de temas cujo interesse pode ser de outros países ou culturas (gerando a potencialidade de uma “desnaturalização” do conteúdo e da sociedade). Essa cláusula se torna quase “auto evidente”, na medida em que a comunicação social está intrinsecamente conectada com o fluxo de informações que, mesmo implicitamente, será utilizado para a tomada de decisões e, portanto, atingindo o destino de uma sociedade e de um país.

Dentro do contexto da importância da função social exercida pelos meios de comunicações, o art. 223 regulamenta um procedimento complexo de outorga, renovação e cancelamento de concessões, permissões e autorizações para radiodifusão sonora e de sons e imagens. Em relação ao que interessa ao presente estudo, está o fato de que o Poder Executivo realiza a análise inicial de outorga e renovação e, após, tal decisão é apreciada pelo Congresso Nacional, existindo, inclusive, a exigência de quórum qualificado (dois quintos) para a não renovação da concessão ou permissão. Além disso, o cancelamento da concessão ou permissão antes do prazo estipulado (10 anos para rádio, 15 anos para televisão) depende de decisão judicial.

Por fim, em razão do grau de importância da atividade, o art. 224 determina que “[...] o Congresso Nacional instituirá, como órgão auxiliar, o Conselho de Comunicação Social, na forma da Lei” (BRASIL, 1988). Nota-se, que “a aparente simplicidade do enunciado [...] carrega consigo o complicador de precisão conceitual” (SARMENTO, 2013, p. 2073).

A partir da análise do texto constitucional, especificamente no que diz respeito ao capítulo destinado à comunicação, é possível perceber que a mídia embora desempenhe, por meio de empresas privadas, um serviço de natureza pública, detém domínio e, até mesmo, uma independência com

relação ao conteúdo transmitido, razão pela qual o meio midiático se destaca no Brasil. Contudo, frisa-se que não há, por conta dos limitantes jurídicos, uma liberdade plena de atividade (sobretudo se percebe que os excessos podem gerar responsabilização jurídica).

De qualquer modo, não é incomum a ideia de que “a imprensa, livre de freios, passou a ser uma potência, às vezes mais forte que o Estado, uma empresa lucrativa, demolidora, impiedosa, temida, respeitada” (CARVALHO, 2003, p. 4). De fato, a liberdade existe; porém, juridicamente, sujeita a controles, em razão da existência de uma função a ser cumprida (e as consequências positivas socialmente de seu funcionamento)<sup>12</sup> (MANÃS; RAHAL, 2013, p. 3).

A situação representa grande complexidade, especialmente porque, diante do caráter eminentemente privado da prestação das atividades, há uma inexorável ligação entre a forma e o conteúdo selecionados para, respectivamente, comunicar e ser comunicado, assim como entre eles e o resultado econômico a ser obtido com a atividade, sob pena de inviabilizá-la. Daí porque, muitas vezes, o conteúdo apresentado ou a forma utilizada não está de acordo com os ditames da Constituição; mas unicamente com a lógica mercantil no qual o meio de comunicação está inserido. Essa é a tensão entre a importância da comunicação e os mecanismos econômicos.

Por esse motivo, acaba-se por apresentar como “informação” não necessariamente o que é mais relevante, mas aquilo que satisfaz o interesse do meio comunicador, especialmente o de natureza econômica. Isso significa que o critério de seleção do conteúdo não está relacionado com a sua importância social, mas inexoravelmente com a capacidade de produzir ressonância (impacto e audiência), de concretizar negócios que retroalimentem o canal de comunicação, pautando-se pela sua capacidade

<sup>12</sup> “O Jornalismo e o Direito são fundamentais para a dinâmica social. Assemelham-se mais do que muitos acreditam, mas também contabilizam grandes diferenças, tão radicais quanto essenciais para o exercício da democracia” (MANÃS; RAHAL, 2013, p. 3).

de gerar riquezas e não pela capacidade de informação (e boa orientação para tomadas de decisões na sociedade). No fim, de modo aparente, desvirtuam-se os objetivos constitucionais, porque a finalidade não é mais puramente de comunicação; mas de comunicar o que vende (acarretando todo um conjunto de ressonâncias comunicacionais relacionadas com pautas vendáveis; e não, necessariamente, daquilo que poderia ser constitucionalmente importante de se informar).

Nessa perspectiva, “a informação, que conduz à formação, é um direito fundamental” (SARAIVA, 2006, p. 21), ou seja, “[...] sem a informação, os seres humanos não obtêm a ciência e a consciência dos fatos e das coisas” (SARAIVA, 2006, p. 22). Assim, “[...] todas as informações indispensáveis para a vida em sociedade chegam, hoje, aos homens, de forma *mediada* e não direta” (GENTILLI, 2005, p. 125). Logo, a “[...] responsabilidade dos meios de comunicação é oceânica. Eles podem denunciar e condenar [...]” (SARAIVA, 2006, p. 83). Portanto, “constituição e mídia, eis o binômio necessário ao exercício de cidadania brasileira” (SARAIVA, 2006, p. 91). Um binômio complexo, todavia.

## 4 FUNÇÃO SOCIAL: DO PROCESSO INFORMATIVO ATÉ O PAPEL DOS COMUNICADORES DA MÍDIA TELEVISIVA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Após análise jurídica sobre a função social da mídia, tendo como principal embasamento a Constituição Federal de 1988 e a Doutrina especializada, torna-se, agora, imprescindível uma inversão do olhar. É necessária uma imersão no conhecimento científico da Comunicação Social, para assim, compreender como a própria mídia, por meio dos seus Doutrinadores e profissionais atuantes, define como sendo o papel do

veículo perante a sociedade, focando os estudos, principalmente, no meio audiovisual, ou seja, na TV brasileira.

Informar, segundo definição encontrada no dicionário de língua portuguesa, significa “dar ou tomar conhecimento e ciência de; avisar, comunicar, contar [...]”. Também pode ser compreendido como “transmitir ensinamentos [...] instruir” (MICHAELIS ON-LINE, 2015). Assim, “o termo informação, em português, é polissêmico, apresentando pelo menos três significados distintos: os dados (de um certo problema ou da informática – *data*), as notícias jornalísticas (*news*) e o saber de uma forma geral (*knowledge*)” (BARROS FILHO, 2016, p. 21).

Nesse contexto, ressalta-se que as empresas midiáticas que trabalham com a produção de informação vão muito além das imagens, elas constroem uma história, selecionam as personagens e a forma de propagar o conteúdo<sup>13</sup> (CHARAUDEAU, 2015). Com isso, visam a atingir seus objetivos, sejam eles sociais ou mercadológicos<sup>14</sup> (SODRÉ, 1972). Por isso, “a finalidade aparente da informação é ordenar (ou reordenar) a experiência social do cidadão, promovendo o seu convívio com setores contingentes” (SODRÉ, 1972, p. 19).

A mensagem repassada ao público receptor é construída pela figura do jornalista, o qual considera, entre outros fatores, a clareza, a objetividade e a completude do fato narrado. “A informação produzida e circulante nas redes, incide adicionalmente sobre o papel histórico do jornalista como um ‘contador de histórias’ (repórter) mas também como um ‘explicador do mundo’ (analista/comentarista)” (MARCONDES FILHO, 2000, p. 30). Logo, “o repórter é o que faz o registro instantâneo da história [...]” (BARCELLOS, 2017).

<sup>13</sup> Por isso, “informação, comunicação, mídias, eis as palavras de ordem do discurso da modernidade” (CHARAUDEAU, 2015, p. 15).

<sup>14</sup> De fato, “não há sociedade, por mais arcaica que seja [...] sem um sistema de circulação de informações [...]” (SODRÉ, 1972, p. 11).

Em virtude disso, “o jornalismo funciona como uma usina de informação” (VIANA, 2001, p. 118). Pode-se dizer que “os anos contemporâneos viram os jornalistas exercerem um papel de *facilitadores* e *promotores* do debate público” (MATOS, 2008, p. 287). Entretanto, salienta-se que “o jornalista tem que ser cético ao extremo. O jornalista não deve acreditar em nada. O jornalista não deve servir a nenhuma causa a não ser a causa de informar” (BIAL, 2016).

Sublinha-se que “é comum o jornalista [...] desempenhar um papel de primeira linha na defesa do interesse público. A seu modo, funciona como uma espécie de advogado da sociedade perante o poder” (VIANA, 2001, p. 124). Tal entendimento, fundamenta-se na noção “[...] de que o público tem o ‘direito de saber’, remetendo à classificação idealista de ‘quarto poder’” (MORETZSOHN, 2002, p. 55-56). Por outro lado, há quem acredite que “os jornalistas [...] estariam sempre determinados a transformar toda notícia em espetáculo [...]” (VIANA, 2001, p. 129). Este jornalismo estaria “[...] mais voltado para a sensação que as notícias causam do que para os fatos propriamente ditos [...]” (VIANA, 2001, p. 148).

Imparcialidade e isenção são também características em destaque. “Todas as pessoas sejam jornalistas ou não elas têm a sua preferência” (BARBEIRO, 2018). Logo, a imparcialidade não existe de forma plena. Por outro lado, “[...] isenção significa que o jornalismo tem que apurar os fatos corretamente, ouvir todas as possibilidades, todas as fontes possíveis” (BARBEIRO, 2018). Ocorre que “na atualidade as empresas jornalísticas estão divididas entre valores conflitantes, é verdade que tendem a voltar-se para o espetacular dando a impressão de que a informação é uma mera mercadoria” (VIANA, 2001, p. 131). Nesse contexto, “[...] informação e divertimento tendem a confundir-se” (RAMONET, 1999, p. 133), e não faltam exemplos concretos na televisão brasileira. Ademais, o avanço tecnológico, além de modificar a forma de produzir conteúdo, alterou também a linguagem utilizada para

transmitir e captar mensagens. “A revolução tecnológica fez a balança do poder deslocar-se para o lado do cidadão porque fez ruir uma outra barreira, a que separava o produtor de informações do público” (VIANA, 2001, p. 133). Com isso, “as novas tecnologias digitais introduzem a ‘imaterialidade jornalística’” (MARCONDES FILHO, 2000, p. 47). A transformação digital eleva cidadãos comuns ao nível de protagonistas no registro dos fatos. “Com a internet o monólogo chega ao fim. As comunidades virtuais, que ‘aceleram e ampliam’ a comunicação entre cidadãos e consumidores, assinalam o fim da comunicação de mão única” (VIANA, 2001, p. 195).

Isso, apresenta consequências interessantes sob o ponto de vista do objetivo constitucional da comunicação. Em primeiro lugar, permite a disseminação e ressonância de diversas informações que não seriam ou nunca foram selecionadas pelos meios de comunicação, realizando uma verdadeira democratização do conteúdo, inclusive, porque muitos desses temas não apresentam impacto econômico (ao menos, no interesse de comunicar-se). Além disso, permite uma ressonância no processo de seleção realizado pelos meios de comunicação, na medida em que acabam observando elementos relevantes para a sociedade, antes encobertos pelas lentes da seleção. Em outras palavras, criam-se novas oportunidades comunicacionais, ainda que dirigidas, em um segundo momento, pelo interesse econômico (ampliam a pauta daquilo que “dá audiência”). Por outro lado, há, também, um impacto perverso no sistema comunicacional, hoje catalogado como *Fake News* ou informações falsas.

No que se refere ao tempo, “a internet encurtou o ciclo da informação” (RAMONET, 1999, p. 134). O maior desafio da mídia, nesse sentido, é “encontrar nesse mar de informação que circula o que é realmente a informação certa” (LEITÃO, 2019). Ainda que as tecnologias tenham possibilitado mais acesso e independência aos produtores e consumidores de conteúdo, ressalta-se que a indústria midiática não perdeu prestígio tampouco poder perante

a sociedade. Em se tratando da televisão, pondera-se que “ela não é mera ‘observadora’ ou ‘repórter’: tem o poder de interferir nos acontecimentos” (ARBEX JR, 2001, p. 98).

Com isso, é possível assegurar que “a comunicação, hoje, constrói a realidade [...]. Desse modo, [...] algo passa a existir ou deixa de existir, sociologicamente falando, se é mediado, ou não” (GUARESCHI, 2007, p. 6-25). Para ilustrar, cita-se como exemplo, “[...] diálogos cotidianos e rotineiros, ouvidos com muita frequência, como quando alguém diz: Interessante, acabou a greve! E se o interlocutor pergunta por que, a resposta é rápida e convincente: Não se vê mais nada na TV! [...]” (GUARESCHI, 2007, p. 6-25). Nesse sentido, compreende-se que “todos os fatos jornalísticos [...] precisam passar pela TV para serem validados como ‘existentes’. A condição de possibilidade da existência das coisas é entrarem no mundo da representação” (MARCONDES FILHO, 2000, p. 78).

Ao descrever e exibir o fato, os meios de comunicação determinam o ângulo por meio da qual desejam que os olhares se direcionem, ou seja, atribuem sentidos implícitos a mensagem transmitida ao público. O efeito fascinador da mídia também se mostra um atrativo, principalmente no que se refere ao meio audiovisual. “A televisão tem uma espécie de monopólio de fato sobre a formação das cabeças de uma parcela muito importante da população” (BOURDIEU, 1997, p. 23).

Ocorre que as empresas do ramo jornalístico, em algumas situações e, por conta de motivações internas e externas, utilizam técnicas capazes de alterar os fatos ou, ao menos, mostrá-los de uma forma que atendam determinados objetivos: “nada mais atual do que a ocultação total, parcial ou de aspectos da realidade; a fragmentação nas edições; a inversão da relevância das informações ou a mais primitiva descontextualização dos acontecimentos” (SOUZA, 2003, p. 19).

Nessa perspectiva, “jornalistas dão sua contribuição à desinformação quando se usam de termos indevidos, tendenciosamente minimizadores dos problemas ou exageradores de sua periculosidade” (MARCONDES FILHO, 2000, p. 113). Em sua atuação, observa-se que “as mídias não são a própria democracia, mas são o espetáculo da democracia” (CHARAUDEAU, 2015, p. 20).

Outro termo bastante comum quando se fala em mídia é o sensacionalismo, o qual significa “[...] a produção de noticiário que extrapola o real, que superdimensiona o fato. Em casos mais específicos, inexistente a relação com qualquer fato e a ‘notícia’ é elaborada como mero exercício ficcional” (ANGRIMANI, 1995, p. 16). A notícia televisionada é exibida como se fosse uma produção cinematográfica, determinando vilões, vítimas e o clímax da história, deixando de apenas informar, para também entreter e emocionar. A informação “[...] é antes de tudo considerada como uma mercadoria, e que este caráter prevalece, de longe, sobre a missão fundamental da mídia: esclarecer e enriquecer o debate democrático” (RAMONET, 1999, p. 8).

A “‘mídia’, tornou-se sinônimo de megainvestimentos, com todas as suas implicações políticas, sociais, financeiras e econômicas” (ARBEX JR, 2001, p. 262). Pode-se dizer que “a ‘grande mídia’ constitui, hoje – com todas as suas complexidades, os seus paradoxos e suas contradições -, uma coluna de sustentação do poder” (ARBEX JR, 2003, p. 8). Daí o seu papel social se transmuda: antes, de verificadora e asseguradora da existência e qualidade da informação (aspecto que tem se buscado resgatar, porque garante a legitimidade, na medida em que passa a auxiliar na seleção entre informações verdadeiras e falsas) para um mecanismo de provocação e de criação de informações (papel importante sob o ponto de vista político, porém ainda incerto em relação ao seu papel social e constitucional).

Pontua-se, contudo, que o público receptor dessas mensagens se mostra mais atento e crítico ao conteúdo que lhe é transmitido (o que não

representa, necessariamente, um ganho de qualidade). A visibilidade com que o mundo da mídia lança sobre os fatos divulgados cria um “[...] jogo de espelhos (ele reflete o espaço social e é refletido por este)” (CHARAUDEAU, 2015, p. 16). Quando se trata da mídia audiovisual é importante enfatizar seu poder de concentração. O veículo “[...] é praticamente o único que fala; estabelece com os interlocutores uma comunicação vertical, de cima para baixo; não faz perguntas, apenas dá respostas” (GUARESCHI, 2007, p. 6-25). Logo, “a TV marca [...] a passagem do ‘mundo dos invisíveis’, das pessoas comuns, normais, insignificantes, ao ‘mundo dos visíveis’, daqueles que *realmente existem*” (MARCONDES FILHO, 2000, p. 91).

A mídia apresenta o fato ao público, bem como cria uma forma de contar a história por meio de imagens e sons. A televisão se mostra como uma janela, por meio da qual a sociedade escolhe a moldura (emissora) com a qual deseja compreender a notícia. Por sua vez, o jornalista se apresenta como interlocutor e mediador entre o ocorrido, à empresa midiática e a sociedade interessada. “A mídia deve ser a porta-voz de todos os grupos organizados da sociedade. Essa é sua função principal e constitucional” (GUARESCHI, 2007, p. 6-25). Desse modo, “a mídia influi poderosamente nas escolas, nas famílias e em todas as instâncias da sociedade” (GUARESCHI, 2007, p. 6-25).

Seguindo essa perspectiva, a jornalista Fabiana Padovan Vieira (2010), pontua que “[...] o papel da mídia na sociedade é informar, é definir os temas a serem discutidos, é expor ideias e formar opiniões. O papel da mídia é formar cidadãos conscientes e críticos”. Contudo, pondera que, na realidade, a mídia “[...] tem desvirtuado sua ideologia e feito um papelão”, ou seja, “tem trabalhado em prol de interesses pessoais, empresariais e políticos, e não a favor do bem para a sociedade”. Consequentemente, “as mídias assumem uma parte simbólica democrática, a que se constrói através do dizer social” (CHARAUDEAU, 2015, p. 189). Por outro lado, ressalta-se que “a mídia não

é um mero veículo de transmissão de informação. O ato de informar vincula-se ao ato de formar” (ALVES, 2001).

Nesse sentido, a mídia deveria servir, portanto, como um ponto de partida para que o público crie, a partir do que assistiu, a sua própria significação sobre o fato narrado. É que “[...] devido à saturação da informação, cabe ao jornalista interpretá-la, atribuindo-lhe sentido e precisão na produção de um bem intelectual que dê ao receptor a possibilidade de refletir e, também, de interpretar” (LOBO, 2013). Para Blota e Manso (2019), a sociedade atual está vivendo “uma perspectiva mídiacentrica”, isto é, “[...] a gente olha tudo pelas lentes da mídia”. Ao passo que o jornalista trabalha encaixando “[...] as pecinhas desse quebra-cabeças movediço que é a notícia” (PAGLIA, 2019).

O consumo de informação ocorre por diferentes meios e se propaga através de distintos personagens. Há o surgimento de uma nova forma de interação. “A mídia não deve mais fingir que acredita que ela é o olho que olha, mas que não pode ver-se. [...] Hoje, todo mundo vê a mídia, a observa, a analisa [...]” (RAMONET, 1999, p. 57).

Ao atuar como espelho que reflete a realidade, a mídia introduz, de forma implícita, o seu olhar perante o acontecido. Isso ocorre, por meio de signos, ou seja, aquilo que é falado pelo jornalista, as imagens apresentadas, os gestuais, as entrevistas selecionadas e, até mesmo, a escolha da angulação de câmera para televisionar a notícia. A própria seleção daquilo que será apresentado, dentro do rol de possibilidades, é um recorte de um ponto de vista (sobre o qual se agregam os demais). Todos elementos formam uma grande teia de sentido. E, por conta disso, “a responsabilidade das mídias, de início, está na seleção dos acontecimentos. Obnubiladas pelo acidental e pelo insólito, assimilando o acontecimento à desordem social, as mídias constroem uma agenda do mundo midiático [...]” (CHARAUDEAU, 2015, p. 271).

## 5 CRIME MEDIATIZADO: PUBLICIDADE TELEVISIVA DE ATOS PROCESSUAIS PENAIS

Há uma aproximação, cada vez mais intensa, da esfera do Poder Judiciário com os veículos difusores de notícias criminais. Observa-se, a interpretação de que “[...] o jornalista se apresenta como *revelador* da informação oculta e [...] assume o papel de adversário dos poderes instituídos e de aliado do público, procedendo a interrogatórios, instruindo questões, aspirando aos papéis de juiz ou detetive” (CHARAUDEAU, 2015, p. 78).

Dentre a gama de casos, os criminais ganharam espaço na grade de programação da TV brasileira. Quando envolvem situações impactantes, a dramatização e a espetacularização dos jornalistas tendem a ser mais intensas. É como se houvesse holofote sobre as pessoas referidas no elemento fático. Criminosos ascendem à figura de populares personagens, observados e retratados a partir de estereótipos, com apelidos, humor e até raiva. Talvez sejam exatamente esses elementos que tornem “notícia” fatos de todo irrelevantes, sob o ponto de vista da função jurídica da mídia.

No anseio de tornar a notícia atrativa, utilizam-se construções simbólicas exacerbadas da figura do vilão e do mocinho no conto da vida real. Com isso, a mídia consegue, além da atenção, provocar debates, opiniões, sentimentos de ódio e de compaixão, gerando ressonâncias comunicativas na sociedade e no lucro. Conseqüentemente, a publicidade dos atos processuais penais se tornou pauta recorrente nas redações. Assim, “a televisão convida à *dramatização*, no duplo sentido: põe em cena, em imagens, um acontecimento e exagera-lhe a importância, a gravidade, e o caráter dramático, trágico” (BOURDIEU, 1997, p. 25). Nesta visão, “[...] a televisão privilegia certo número de *fast-thinkers* que propõem *fast-food* cultural, alimento cultural pré-digerido, pré-pensado [...]” (BOURDIEU, 1997, p. 41).

Orientados pela busca dos mais altos índices de audiência, o comunicador informa o cidadão leigo sobre os andamentos jurídicos e também divulga termos técnicos inerentes ao ocorrido. Assim, o jornalista passa a ser considerado um porta-voz. “A mídia aproveita da dor das famílias para fazer notícia, em consequência a sociedade acaba consternada ao conviver com verdadeiros *reality shows* em que os protagonistas são [...] atores da vida real que acabam sendo celebrizados” (QUEIROZ, 2011, p. 197-206).

Os jornalistas, além de informar conceitos jurídicos, explicam ao telespectador, de forma detalhada, as fases que integram o andamento processual penal. Com isso, os comunicadores passam a participar da resolução dos casos, na medida em que investigam, interrogam e, algumas vezes, inclusive, prejudgam os envolvidos. Por esse motivo, “preocupa a todos os operadores do processo, notadamente criminal, a divulgação e o julgamento midiático imposto pelos meios de comunicação [...]” uma vez que ocorre “[...] sem defesa ou contraditório, sem recursos e com eventuais parcialidades não expressadas” (SOUZA, 2011, p. 11). Da mesma forma que a liberdade de imprensa é uma garantia fundamental também são a ampla defesa e a presunção de inocência, por exemplo.

O relacionamento existente entre jornalista e a fonte policial, no caso de coberturas criminais, envolvem múltiplos interesses, que ultrapassam o da veiculação da notícia (como a busca de legitimidade e de correção para a atuação policial, os direitos dos acusados, etc.). Ocorre que “a mídia e o sistema penal brasileiro passam a interagir e dialogar, influenciando-se mutuamente, algumas vezes, de forma benéfica, outras de forma conturbada” (MENDONÇA, 2013).

Assim, por exemplo, se de um lado, há a possibilidade de aceleração das investigações, fiscalização do trabalho da polícia, do Ministério Público e do Judiciário, porque a exposição também os atinge, gerando interesses de legitimação e “prestação de contas” social; de outro lado, essa mesma

aceleração pode ser prejudicial, porque realiza atropelos procedimentais que podem inviabilizar ou dificultar o exercício dos demais direitos constitucionais dos acusados (como a ampla defesa e o contraditório, por exemplo) e da própria compreensão da sociedade sobre determinados fenômenos jurídicos.

Isso pode impactar negativamente nos objetivos do Direito de vários modos, dentre os quais, se destaca aqui a possibilidade de injustiças que podem ocorrer pela violação dos procedimentos legais, diante do processo paralelo (midiático), que acelera e avilta garantias jurídicas; ou ainda pela manipulação do processo midiático pelo acusado e pelos atores jurídicos, direcionando a “opinião pública” para determinadas soluções (que geram ressonâncias comunicacionais em relação aos profissionais do Direito, e assim por diante).

O ato de mediatizar processos penais provoca algumas alterações no mundo social, o que Casara (CASARA, 2018) denominou de “mutação simbólica”, ou seja, “os institutos e as formas processuais penais passam a ser tratados também como espécies de mercadorias, portanto negociáveis e disponíveis” (CASARA, 2018, p. 11-12). Diante dessa perspectiva, “o caso penal passa a ser tratado como uma mercadoria que deve ser atrativa para ser consumida. A consequência mais gritante desse fenômeno passa a ser a vulnerabilidade a que fica sujeito o ‘vilão’ escolhido para o espetáculo” (CASARA, 2018, p. 37).

Note-se, por exemplo, que provavelmente não há um dia sequer sem que um telespectador escute a palavra “fiança” em um caso criminal. Paradoxalmente, inobstante, a sociedade não possui o conhecimento de que fiança não é pena criminal (de modo que pagar uma fiança e receber a liberdade não significa o “fim” da história); mas que se trata de uma garantia processual, mediante a qual o acusado se compromete a colaborar com o andamento do processo (e a não cometer outros fatos delituosos, por evidente), sob pena de perder o valor dado em garantia e, ainda, ver a sua

liberdade provisória revogada, de modo a voltar para a prisão. Tecnicamente, portanto, a fiança não possui nenhuma relação com punição para o fato; ao contrário do imaginário social.

Importante e poderoso veículo difusor de informações, a TV permite que os telespectadores adquiram conhecimento e criem opiniões a respeito de fatos ocorridos no Brasil e no mundo. No entanto, o meio configura também um negócio e, como tal, precisa atender questões mercadológicas que vão muito além do mero ato de comunicar. Esse, como visto, é o elemento de tensão entre a Comunicação e o Direito. A dificuldade é que o real, às vezes, confunde-se com a criação ficcional (e muitos elementos juridicamente importantes são perdidos nesse caminho).

Nesse sentido, nota-se que algumas transmissões de casos criminais realizadas “[...] tratam de criar uma imagem, um espectro, maior ou diferente do que realmente se passa no âmbito dos procedimentos oficiais, como um ‘processo paralelo’ que corre na mídia, chamado ‘*Trial by Media*’ (Julgamento pela Mídia)” (MANÃS; RAHAL, 2013, p. 74), também denominado no Brasil como “publicidade opressiva”. Dessa maneira, “o problema central que se coloca é a possibilidade concreta de os órgãos da mídia exercerem algum tipo de influência durante o trâmite de um processo judicial” (QUEIROZ, 2011, p. 197-206). E, a longo prazo, talvez até mais grave, acarretam um descompasso entre os objetivos do processo criminal e o imaginário a respeito daquela finalidade, provocando tensões entre o sistema do Direito e a aplicação da lei com o senso comum da população (e, portanto, da função jurídica da comunicação social).

Nesse sentido, muitas comunicações estão mais relacionadas com o espetáculo (com o meio) do que propriamente com os fatos que estão sendo retratados (a respeito da existência, do autor, das circunstâncias, etc.), que é o interesse principal do processo penal. Exemplo muito evidente é a preocupação sistemática a respeito de uma vítima de homicídio possuir

anteriores criminais, o que induz, automaticamente, à uma ideia de “merecimento” da morte no imaginário social (porque configuraria não ser uma “pessoa de bem”, na nomenclatura do senso comum).

A mídia audiovisual ao transmitir informações inerentes aos casos e julgamentos criminais exerce (ou deveria) um importante papel social de propagar conhecimentos e dar voz aos envolvidos nos conflitos. Todavia, durante o processo de criação da notícia, determinadas ferramentas são utilizadas para tornar mais “didático” o delito narrado. Evidente que em desequilíbrio, tais instrumentos comunicacionais distorcem a realidade fática, produzindo complementos inexistentes e inverídicos de caráter puramente estético<sup>15</sup> (CASARA, 2018).

No que se refere as nomenclaturas adotadas, há uma linha tênue que deve ser respeitada até que haja o julgamento definitivo. “A experiência tem ensinado aos jornais a medir as palavras ao atribuir culpa” (RAMOS; PAIVA, 2007, p. 66). No exercício da atividade profissional, o jornalista se depara com complexidades linguísticas ao traduzir o discurso jurídico. Inserido “na sociedade do espetáculo, o processo penal também se torna apenas um simulacro. Uma mercadoria que precisa ser atrativa para ser negociada” (CASARA, 2018, p. 15-16). Por outro lado, “[...] o diálogo entre juristas e jornalistas, entre Direito e Comunicação, torna-se cada vez mais necessário e, a partir de seus ruídos, criam-se conflitos de grande relevância para os atuais arranjos democráticos” (CALIXTO, 2012).

Ao propagar conteúdo penal, a mídia cumpre com uma função social. Por outro lado, a forma como retrata a situação fática, pode nem sempre ser adequada, valendo-se de construções simbólicas exacerbadas. É preciso comunicar o Direito, tornar os seus atos conhecidos do público. Os delitos criminais são a porta de entrada, por meio da qual torna-se mais fácil a

<sup>15</sup> Em decorrência, “viver perde a espontaneidade e torna-se um entrar em cena. Uma seqüência de atos, distante da facticidade [...]” (CASARA, 2018, p. 27).

ilustração de conceitos jurídicos obscuros. Contudo, “a mídia não se limita a informar sobre fatos delitivos; ela lhes acrescenta quase sempre um juízo de valor [...]” (ALVES, 2001).

A exposição de notícias criminais exige de seus produtores cautela e equilíbrio, evitando que interesses privados mercadológicos prevaleçam sobre direitos individuais e, sobretudo, diante do objetivo geral do processo criminal. Afinal, não se pode perder de vista, que é popularizada a noção de que o processo criminal cria estigmas nas pessoas (que dificultam a vida em sociedade, após o encerramento do papel do Direito, como o caso do “Goleiro Bruno” e tantos outros). Exatamente por isso, função tão nobre exige uma comunicação, no mínimo, que respeite os determinantes constitucionais.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Provocar a reflexão sobre a comunicação de fatos criminais pela mídia é fundamental, tendo em vista o inevitável encontro multidisciplinar. Atos processuais são retratados com frequência nas transmissões televisivas; conteúdos jurídicos complexos são traduzidos e propagados pelos jornalistas, especialmente, aqueles inerentes ao âmbito penal. Assim, o comunicador atua como uma espécie de ponte que une os universos paralelos.

O artigo iniciou com breve abordagem histórica sobre a evolução da função da mídia na sociedade da informação, considerando as sensíveis transformações no campo tecnológico, as quais permitiram a expansão do alcance midiático, bem como impulsionaram a rapidez na construção da notícia. O mundo é visto e comentado sob à ótica representativa da mídia. Valendo-se de sua interferência social, o veículo estimula debates e provoca interpretações sobre a realidade fática apresentada. Contudo, a função de informar surge acompanhada de uma função mercadológica com objetivos direcionados ao lucro, o que provoca tensões entre Comunicação e Direito.

Desse modo, devido à importância da mídia na sociedade brasileira, a Constituição Federal, destinou um capítulo específico para regulamentar a comunicação social, sendo que o atual texto constitucional de 1988 é o que mais aborda a temática. A legislação estabelece, portanto, uma regra de proporcionalidade, garantindo harmonia entre direitos públicos e privados. A mídia tem direitos inerentes a atividade informativa, porém, devido a sua importância passa a ter deveres a fim de frear a livre circulação de ideias, uma vez que aquilo que o meio divulga provoca consequências na sociedade.

A constituição em seu artigo quinto garantiu ampla proteção à comunicação, considerando que a liberdade de expressão representa um elemento essencial nas democracias, priorizando finalidades educativas, artísticas e culturais. Por isso, pode-se afirmar que devido aos limites constitucionais não há uma liberdade plena no exercício do ato de comunicar, o que vincula a mídia ao cumprimento de uma função social. Os excessos podem gerar, inclusive, responsabilização jurídica. Há, portanto, conflito entre interesses sociais e interesses econômicos. Isso porque, a liberdade de expressão é uma garantia fundamental, mas também são a ampla defesa, o contraditório e a presunção de inocência.

Na sequência, passou-se à uma imersão na própria mídia, por meio da Doutrina, bem como do senso comum de seus comunicadores (auto-observação). O jornalista faz a mediação entre a notícia, o noticiado e o telespectador. Logo, compartilha conhecimento. Ao difundir conteúdos criminais, os jornalistas infiltram-se no universo jurídico, resultando em comportamentos que, por um lado, favorecem a celeridade resolutiva dos delitos e, por outro, prejudicam às decisões proferidas pelos magistrados, uma vez que nem todos os profissionais lidam com tranquilidade diante da superexposição midiática. A publicidade dos atos processuais penais tornou-se demanda que desperta o interesse tanto dos telespectadores quanto das emissoras de TV.

O sistema penal se comunica com os meios audiovisuais e conseqüentemente, influencia-se por aquilo que é reverberado. Essa interferência pode beneficiar, mas também pode prejudicar o devido andamento processual. De qualquer forma, a intervenção midiática provoca o debate, uma vez que direciona os olhares dos telespectadores e, até mesmo, do Judiciário, para um tema controverso. Com isso, o intercâmbio entre as áreas implica em resultados práticos, positivos quando os veículos fiscalizam ações jurídicas e negativos quando aceleram decisões equivocadas pelos magistrados em casos de ampla repercussão ou obstaculizam investigações preliminares no inquérito policial. Quando negativos podem ainda gerar injustiças decorrentes de violações nos procedimentos legais ou até mesmo provocar estigmas que dificultem a ressocialização do indivíduo criminoso, mesmo após o encerramento do papel do Direito.

As mensagens transmitidas pela mídia provocam reações nos interlocutores (faz pensar e faz sentir), tanto ao induzir a formação de opiniões, quanto na mobilização de imaginários e estereótipos. Mais que inserir ideias, a mídia auxilia na construção do caráter pessoal. Ocorre que, além de cumprir um papel de difusora de informação, as emissoras de TV, enquanto empresas privadas, necessitam atender obrigações mercadológicas. Por vezes, ao narrar o caso, proporcionam um espetáculo, a fim de tornar atrativos, ao telespectador, eventos trágicos da vida real. Com isso, personagens da cena delituosa são celebrizados e, suas vidas privadas, invadidas pelas lentes da câmera. Na busca pelo furo de reportagem, direitos constitucionais de ampla defesa, contraditório e presunção de inocência são violados frente a incessante busca por audiência. A informação torna-se produto e o crime oportunidade lucrativa.

Ao lançar luzes sobre o Direito, a mídia desperta a atenção. Ao atuar dessa forma, evidentemente, cumpre uma função na sociedade. No entanto, o problema ocorre quando, ao contar a história, por meio dos construtos

audiovisuais, utiliza termos equivocados ou estabelece julgamentos midiáticos antecipados, deixando que interesses privados da emissora se sobreponham aos interesses coletivos. Isso ocorre, porque, muitas vezes, o critério de seleção de conteúdo está mais atrelado com a capacidade de produzir impacto e audiência do que propriamente relacionado com a devida importância no âmbito social.

No oceano informacional, o equilíbrio é a solução, tanto para que o meio midiático difunda dados com qualidade e sem evasão da função estabelecida na Constituição, quanto para o próprio Poder Judiciário julgar de forma adequada e sem interferências. Cada ramo científico precisa estar ciente da sua finalidade dentro da composição social, prevalecendo, sempre, o bom senso, a ética profissional, a dignidade humana e a função jurídico-constitucional (que garante e protege a liberdade comunicacional quando exercida dentro de sua função), uma vez que ao tratar de questões que envolvem interesse público interfere-se, pontualmente, nas formas de percepção do mundo.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Laura Maria Pessoa Batista. A mídia como agente operador do direito. **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade (FIDES)**, Natal, RN, v. 2, n. 1, jan./jun. 2001. Disponível em: <http://www.revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/70>. Acesso em: 25 maio 2021.

ANGRIMANI, Danilo. **Espreme que sai sangue**. v. 47. São Paulo: Summus, 1995.

ARAÚJO, Evandro Nicomedes; ROCHA, Elisa Maria Pinto. Trajetória da sociedade da informação no Brasil: proposta de mensuração por meio de um indicador sintético. **Ciência da Informação**, Brasília, DF, v. 38, n. 3, p. 9-20, set./dez. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ci/v38n3/v38n3a01.pdf>. Acesso em: 28 maio 2021.

ARBEX JR, José. O legado ético de Perseu Abramo e de Aloysio Biondi. *In*: ABRAMO, Perseu. **Padrões de manipulação na grande imprensa**. 1. ed. São Paulo: Editora Perseu Abramo, 2003.

ARBEX JR, José. **Showrnalismo**. São Paulo: Casa Amarela, 2001.

BARBEIRO, Heródoto. **Existe jornalismo imparcial?** 5 nov. 2018. 1 vídeo (1 min 11 s). Publicado pelo canal Heródoto Barbeiro. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UdDOlnMMBvk>. Acesso em: 29 maio 2021.

BARCELLOS, Caco. Caco Barcellos fala sobre a profissão de repórter. Conversa com Bial. *In*: **GloboPlay**. São Paulo, 2017. Disponível em: <https://globoplay.globo.com/v/5895667/>. Acesso em: 29 maio 2021.

BARROS FILHO, Clóvis de. **Ética na comunicação**. 7. ed. São Paulo: Summus, 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **A sociedade individualizada**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

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

BELL, Daniel. **O advento da sociedade pós-industrial**. São Paulo: Editora Cultrix, 1973.

BIAL, Pedro. **Chegue mais perto**. Pedro Bial dá dicas para quem quer ser jornalista. 18 fev. 2016. 1 vídeo (02 min 12 s). Publicado pelo canal Globo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=C8yhimFq4dY>. Acesso em: 30 maio 2021.

BLOTA, Vitor; MANSO, Bruno Paes. A mídia é essencial para a manutenção da democracia. **Jornal da USP**, São Paulo, 14 jun. 2019. 1 vídeo (27 min 50 s). Publicado pelo canal Diálogos na USP. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/a-midia-e-essencial-para-a-manutencao-da-democracia/>. Acesso em: 30 maio 2021.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 1997.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 2 jun. 2021.

BRASIL. **Emenda nº 36, de 28 de maio de 2002**. Dá nova redação ao art. 222 da Constituição Federal, para permitir a participação de pessoas jurídicas no capital social de empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, nas condições que especifica. Brasília, DF, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc36.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc36.htm). Acesso em: 2 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967**. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Brasília, DF: Presidência da República, 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5250.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm). Acesso em: 2 jun. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CABRAL, Eula D. Taveira. A mídia brasileira sob o ângulo constitucional. In: Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação (Intercom), 2005, Rio de Janeiro, RJ. **Anais eletrônicos** [...]. Disponível em: <http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2005/resumos/R1758-1.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2021.

CALIXTO, Clarice Costa. Direito e mídia: linguagem e poder no mercado de discursos públicos. In: Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade, 2012, Santa Maria, RS. **Anais eletrônicos** [...]. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2012/18.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2021.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CASARA, Rubens Roberto Rebello. **Processo penal do espetáculo (e outros ensaios)**. 2. ed. Florianópolis: Editora Tirant lo Blach, 2018.

CHARAUDEAU, Patrick. **Discurso das mídias**. 2 ed. São Paulo: Contexto, 2015.

DANTAS, Denise. O cenário pós-industrial: modificações no ambiente do objeto na sociedade contemporânea e seus novos paradigmas. **Pós. Revista do Programa de Pós-Graduação em Arquitetura e Urbanismo da FAUUSP**, São Paulo, SP, n. 22, p. 127, dez. 2007. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/posfau/issue/view/3582/927>. Acesso em: 3 jun. 2021.

DETONI, Márcia. **Mídia pública na sociedade da informação**. São Paulo: Editora Mackenzie, 2015.

FARIAS, Edilson. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA, Delson. **Manual de sociologia**. Dos clássicos à sociedade da informação. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Princípios constitucionais do direito da sociedade da informação**. A tutela jurídica do meio ambiente digital. São Paulo: Saraiva, 2015.

GENTILLI, Victor. **Democracia de massas: jornalismo e cidadania**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

GUARESCHI, Pedrinho A. Mídia e democracia: o quarto versus o quinto poder. **Revista Debates**, Porto Alegre, RS, v. 1, n. 1, p. 6-25, jul./dez. 2007. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/debates/article/view/2505/1286>. Acesso em: 3 jun. 2021.

GUY, Debord. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

LEITÃO, Miriam. **Quais os obstáculos atuais do jornalismo investigativo**. 30 jun. 2019. 1 vídeo (02 min 59 s). Publicado pelo canal da Abraji. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=lgIC3x\\_edck](https://www.youtube.com/watch?v=lgIC3x_edck). Acesso em: 3 jun. 2021.

LOBO, Tiago. Sobre o papel social do jornalismo. **Observatório da Imprensa**. Porto Alegre: Ed. 743, 23 abr. 2013. Disponível em: [http://observatoriodaimprensa.com.br/feitos-desfeitas/\\_ed743\\_sobre\\_o\\_papel\\_social\\_do\\_jornalismo/](http://observatoriodaimprensa.com.br/feitos-desfeitas/_ed743_sobre_o_papel_social_do_jornalismo/). Acesso em: 3 jun. 2021.

MANÃS, Carlos Vico; RAHAL, Flávia. **Direito penal para jornalistas: material de apoio para a cobertura de casos criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

MARCONDES FILHO, Ciro. **Comunicação e jornalismo**. A saga dos cães perdidos. São Paulo: Hacker Editores, 2000.

MARTINI, Renato. **Sociedade da informação**. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

MATOS, Carolina. **Jornalismo e política democrática no Brasil**. São Paulo: Publifolha, 2008.

MATTELART, Armand. **História da sociedade da informação**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

MENDONÇA, Fernanda Graebin. A (má) influência da mídia nas decisões pelo tribunal do júri. In: Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade, 2013, Santa Maria, RS. **Anais eletrônicos** [...]. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, 2013. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/3-6.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2021.

MICHAELIS ON-LINE. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2021. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=INFORMAR>. Acesso em: 3 jun. 2021.

MIRANDA, Antônio. Sociedade da informação: globalização, identidade cultural e conteúdos. **Ciência da Informação**, Brasília, DF, v. 29, n. 2, p. 78-88, maio/ago. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a10v29n2.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2021.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 9. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2013.

MORETZSOHN, Sylvia. **Jornalismo em “tempo real”**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

OLIVEIRA, Antônio Francisco Maia; BAZI, Rogério Eduardo Rodrigues. Sociedade da informação, transformação e inclusão social: a questão da produção de conteúdos. **RDBCI: Revista Digital de Biblioteconomia e Ciência da Informação**, Campinas, SP, v. 5, n. 2, p. 115-131, jan./jun. 2008. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/rdbci/article/view/2015/2136>. Acesso em: 6 jun. 2021.

PAGLIA, Ernesto. Veja a crônica de Ernesto Paglia sobre a notícia. In: **G1**. São Paulo, 2019. Disponível em: <http://g1.globo.com/globo-news/jornal-das-dez/videos/t/todos-os-videos/v/veja-a-cronica-de-ernesto-paglia-sobre-a-noticia/6560557/>. Acesso em: 5 jun. 2021.

PIERANTI, Octavio Penna. O estado e as comunicações no Brasil: reflexões acerca da Constituição Federal de 1988. In: Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, 2005, Rio de Janeiro, RJ. **Anais eletrônicos** [...]. Disponível em: <http://www.portcom.intercom.org.br/pdfs/120773943294362873896338310764639043347.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2021.

QUEIROZ, Arthur Augusto de Lima. Glamourização do crime: repercussão midiática e influência jurídica. **Aphonline: Trindade**, Goiânia, GO, v. 1, n. 1, p. 197-206, jan./jun. 2011. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/373753767/Glamourizacao-Do-Crime-Repercussao-Midiatica-e-Influencia>. Acesso em: 8 jun. 2021.

RAMONET, Ignácio. **A tirania da comunicação**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

RAMOS, Sílvia; PAIVA, Anabela. **Mídia e violência: tendências na cobertura de criminalidade e segurança no Brasil**. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2007.

SANTOS, Plácida Leopoldina Ventura Amorim da Costa; CARVALHO, Ângela Maria Grossi. Sociedade da informação: avanços e retrocessos no acesso e no uso da informação. **Informação & Sociedade: Estudos**, João Pessoa, PB, v. 19, n. 1, p. 45-55, jan./abr. 2009. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/ies/article/view/1782>. Acesso em: 5 jun. 2021.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Constituição e mídia no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

SARMENTO, Daniel. Comentário ao capítulo V: da Comunicação Social. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502212640/cfi/0>. Acesso em: 5 jun. 2021.

SODRÉ, Muniz. **A comunicação do grotesco**. Petrópolis: 1972.

SODRÉ, Muniz. Eticidade, campo comunicacional e midiaticização. In: MORAES, Dênis (org.). **Sociedade midiaticizada**. Rio de Janeiro: Mauad, 2006.

SOUZA, Artur César de. **A decisão do juiz e a influência da mídia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SOUZA, Hamilton Octavio. A atualidade dos estudos do jornalista e professor Perseu Abramo. In: ABRAMO, Perseu. **Padrões de manipulação na grande imprensa**. 1 ed. São Paulo: Editora Perseu Abramo, 2003.

THOMPSON, John B. **Ideologia e cultura moderna**. 4. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1995.

VIANA, Francisco. **De cara com a mídia**. São Paulo: Negócio Editora, 2001.

VIEIRA, Fabiana Padovan. O papel(ão) da mídia na sociedade. **Observatório da Imprensa**, São Paulo, ed. 613, 26 out. 2010. Disponível em: <http://observatoriodaimpresa.com.br/feitos-desfeitas/o-papelao-da-midia-na-sociedade/>. Acesso em: 5 jun. 2021.

WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. **Ciência da Informação**, Brasília, DF, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a09v29n2.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2021.

