

monografias 
série

**PROCESSO, DEMOCRACIA E DIREITOS
FUNDAMENTAIS
2018 – Vol. 2**

**Prof. Dr. Valerio de Oliveira Mazzuoli
Profa. Dra. Renata Mantovani de Lima
Prof. Ms. Miracy Barbosa de Sousa Gustin
(Organizadores)**

**Prof. Dr. Valerio de Oliveira Mazzuoli
Profa. Dra. Renata Mantovani de Lima
Prof. Ms. Miracy Barbosa de Sousa Gustin
(Organizadores)**

**PROCESSO, DEMOCRACIA E DIREITOS
FUNDAMENTAIS
2018 – Vol. 2**

© Copyright 2018, Organizadores e Autores.

1ª edição

1ª impressão

(publicado em dezembro de 2017)

Todos os direitos reservados e protegidos pela lei no 9.610, de 19/02/1998. Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia por escrito do detentor dos direitos, poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados: eletrônicos, mecânicos, fotográficos, gravação ou quaisquer outros.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

PROCESSO, DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS 2018 – Vol. 2. Organizadores e Autores. Pará de Minas, MG: VirtualBooks Editora, Publicação 2018. E-book PDF. 154p.

ISBN: 978-85-434-1588-8

Direito. Brasil. Título.

Livro publicado pela

VIRTUALBOOKS EDITORA E LIVRARIA LTDA.

Rua Porciúncula, 118 - São Francisco - Pará de Minas - MG - CEP 35661-177

Publicamos seu livro a partir de 25 exemplares - e e-books (formatos: e-pub ou PDF)

Tel.: (37) 32316653 - e-mail: capasvb@gmail.com

<http://www.virtualbooks.com.br>

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Doutor Carlos Alberto Simões de Tomaz
(Universidade Vila Velha/ES)

Prof. Doutor Pablo Malheiros da Cunha Frota
(Universidade Federal de Goiás/GO)

Profa. Doutora Clara Cardoso Machado
Jaborandy (Universidade Tiradentes/SE)

Prof. Doutor Alceu Maurício Junior
(Universidade Vila Velha/ES).

Prof. Doutor Fabrício Veiga Costa
(Universidade de Itaúna/MG)

Prof. Doutor Deilton Ribeiro Brasil
(Universidade de Itaúna/MG)

Prof. Doutor Márcio Eduardo Senra Nogueira
Pedrosa Morais (Universidade de Itaúna/MG)

Prof. Doutor Sérgio Henriques Zandona Freitas
(Universidade FUMEC/MG)

APRESENTAÇÃO

Mais uma vez apresentamos à comunidade acadêmica a coleção MONOGRAFIAS que reúne Trabalhos de Conclusão de Curso (TCC) que foram selecionados pelos professores orientadores do Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais e da Graduação em Direito da Universidade de Itaúna.

Como destacado na primeira edição deste projeto, para a coleção MONOGRAFIAS foram criadas as seguintes séries de publicação: 1) A RESPONSABILIDADE DO ESTADO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 2) FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA E DO TRABALHO; 3) FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS: a proteção das obrigações e dos contratos; 4) FUNDAMENTABILIDADE HORIZONTAL DOS DIREITOS: proteção à propriedade e à posse; 5) PROCESSO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 6) PROCESSO, DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS; 7) PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS; e 8) TUTELA PENAL E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, aglutinado, de uma maneira geral, as pesquisas desenvolvidas pelos professores do Programa de Pós-Graduação – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais – da Universidade de Itaúna e que propiciam a base de iniciação científica da Graduação em Direito da nossa Universidade.

A proposta colheu bons frutos! A intenção é que haja a continuidade e o aumento, gradativo, do número de trabalhos, como também, da qualidade científica desses.

Assim sendo, a Universidade de Itaúna manterá de maneira sólida o relacionamento entre a Graduação e o seu Programa de Pós-Graduação, objetivando aprimorar a pesquisa científica.

A cada dia que passa é mais importante a Universidade firmar-se como lócus de discussões dos vários problemas que afligem a sociedade brasileira e internacional, como um todo.

Nesse sentido, essa discussão não pode se limitar à pós-graduação. Do contrário, deve-se prestigiar a iniciação científica daqueles que estão começando a dar os primeiros passos na experiência jurídica.

Como destacado ainda na primeira edição da coleção, os textos refletem os originais dos TCCs, tendo-se deliberado publicá-los da maneira em que foram apresentados, sem quaisquer retoques ou modificações – que em alguns casos, aliás, até se impunham – mas à guisa de preservar a singeleza das pesquisas e suscitar questionamentos que, antecipadamente, são tidos como oportunos e serão objeto de exame e aprofundamento nas pesquisas desenvolvidas na pós-graduação ou, no mínimo, em outros TCCs.

Em síntese, é importante destacar que não se tratam de obras-primas da *Jurisprudencia*, ou seja, textos com maturidade científica em nível de excelência acadêmica. Do contrário, os textos apresentados são, em sua maioria, as primeiras pesquisas sólidas realizadas pelos seus autores, bacharéis recém saídos dos bancos da graduação.

Deste modo, não é incomum que ocorram erros metodológicos (que não escapam também aos trabalhos de maturidade de pesquisadores experientes), como também argumentativos.

O objetivo é fazer com que o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Itaúna – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais, em parceria com a Graduação em Direito – *quebrem os seus muros, irradiando a energia da esperança de um país melhor, por intermédio da educação transformadora.*

Os problemas sociais se desenvolvem e avançam rapidamente, não conseguindo, o Direito, acompanhá-los. Essa realidade será sempre uma angústia para a Ciência Jurídica. Nesse sentido, é fundamental que a teoria seja um guardião da prática, antecipando soluções de futuros problemas.

Os livros são destinados à distribuição em instituições de ensino, locais e regionais. Como frisado alhures, a coleção tem como postulado a certeza de que o conhecimento não pode ficar enclausurado nos murais institucionais. Do contrário, ele deve ser ator principal da transformação social.

De maneira séria e comprometida, a Universidade de Itaúna tem cumprido com um de seus objetivos, que é a produção da ciência, auxiliando o País de maneira efetiva na busca da construção de uma sociedade melhor.

Por fim, agradecemos a todos aqueles que fazem desse sonho um projeto realizado e em contínua ascensão.

Boa leitura!

Profa. Dra. **Jamile Bergamaschine Mata Diz**
Coordenadora do PPGD da Universidade de Itaúna –
Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais

Prof. Dr. **Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes**
Coordenador-adjunto do PPGD da Universidade de
Itaúna – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais

SUMÁRIO

Crimes cibernéticos: uma análise ao direito fundamental à intimidade e à vida privada na era digital / 9

Bianca de Faria Campos Werneck

A usucapião extrajudicial e a sua regulamentação no novo Código de Processo Civil / 71

Luíza Teixeira Ricardo

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas / 109

Stéphanie Fátima de Souza

CRIMES CIBERNÉTICOS: UMA ANÁLISE AO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA NA ERA DIGITAL

Bianca de Faria Campos Werneck¹

RESUMO

Hoje vive-se em um era digital. O surgimento da internet trouxe consigo grandes benefícios para a sociedade. É o veículo de comunicação mais rápido, que permite das mais diversas experiências. Através dela as informações são adquiridas em questões de segundos, é um canal amplo de lazer, cultura, diversão e conhecimento. Por outro lado, essa grande descoberta também apresenta riscos. Os crimes cibernéticos são a prova do mau uso dessa ferramenta, e em razão disso nestes tempos modernos à violação da privacidade por intermédio dos dispositivos informáticos em geral vem crescendo absurdamente. O artigo 5º, X, da Constituição Federal de 1988, prevê como direito fundamental a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, garantindo proteção na esfera cível e penal. Nesse sentido, foi criada a Lei 12.737/12 “Lei Carolina Dieckmann”, tipificando as condutas de natureza cibernética, com o intuito de proporcionar uma maior segurança jurídica aos “reféns” da internet.

PALAVRAS-CHAVE: Era digital; Riscos; Violação da privacidade; Crimes cibernéticos; Direito Fundamental; Lei Carolina Dieckmann.

¹ Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da Universidade de Itaúna-MG.

ABSTRACT:

Today we live in a digital age. The emergence of the internet has brought great benefits to society. It is the fastest communication vehicle, which allows the most diverse experiences. Through it information is acquired in seconds, it is a broad channel of leisure, culture, fun and knowledge. On the other hand, this great discovery also presents risks. Cyber crimes are proof of the misuse of this entertainment, and for this reason in these modern times the violation of privacy through computer devices in general has been growing absurdly. Article 5, X, of the Federal Constitution of 1988, establishes as a fundamental right the right to privacy, private life, honor and image of the people, guaranteeing protection in the civil and penal sphere. In this sense, Law 12.737 / 12 "Carolina Dieckmann Law" was created, typifying the conduct of a cybernetic nature, in order to provide greater legal security to the "hostages" of the Internet.

KEYWORDS: Digital age; Scratches; Violation of privacy; Cyber crime; Fundamental rights; Carolina Dieckmann Law.

INTRODUÇÃO

A globalização se trata de um processo de interligação das relações sociais, econômicas, políticas e culturais dos povos, um fenômeno que se desenvolveu para atender as necessidades do capitalismo e ganhou força com o fim da Segunda Guerra Mundial, onde os países começaram a se unir para impedir a eclosão de novas guerras.

O progresso da globalização afetou as

relações comerciais, de comunicação e permitiu avanços nas áreas de Telecomunicações e informática, facilitando o fluxo de informações que transformaram diretamente a vida das pessoas. De outra perspectiva, além de promover uma facilidade de interação e de acesso às informações entre as diversas partes do mundo, a globalização facilitou a prática de atos ilícitos via internet, os denominados crimes cibernéticos.

Os crimes cibernéticos são praticados no ambiente virtual de diversas maneiras, sendo aqueles em que os criminosos se utilizam de seus conhecimentos tecnológicos para atingir um público diversificado, acessando informações sigilosas e privadas, e desse modo obtendo para si, ou para outrem vantagem ilícita.

O direito à privacidade está previsto no artigo 5º, X, da Constituição Federal de 1988, ou seja, se trata de um direito fundamental, inerente ao homem e que, portanto, deve ser resguardado.

O conceito de privacidade no contexto da era tecnológica, além de uma tutela da intimidade individual, insere também o direito de proteção dos dados, nesse sentido, é importante que os usuários das redes sociais estejam alerta a respeito dos riscos que enfrentam ao utilizar a mesma.

O Marco Civil da Internet, foi uma Lei incorporada com o intuito de regular o uso da internet por meio de princípios que tornam o acesso à rede de forma democrática no Brasil, assegurando o direito a privacidade dos internautas, assim como a Lei Carolina Dieckmann, que trouxe alterações no Código Penal Brasileiro, tipificando condutas que antes do seu advento não tinham respaldo legal.

O ordenamento jurídico brasileiro, apesar de prever o a proteção ao direito de privacidade, possui lacunas que devem ser preenchidas através de uma reforma na legislação pátria vigente.

Portanto, o presente trabalho tem como objetivo analisar a prática desenfreada dos crimes virtuais nos tempos modernos, ressaltar a importância do respeito e preservação do direito a privacidade, analisando a Lei “ Carolina Dieckmann” e a insuficiência de normas no ordenamento jurídico.

2 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA INTERNET

A *internet* surgiu no final dos anos 50 e início dos anos 60, período este denominado Guerra Fria, onde as duas grandes potências Estados Unidos e União Soviética enfrentavam um conflito indireto, através de uma disputa ideológica de capitalismo versus comunismo, com o intuito de conquistar a liderança mundial.

A agência americana ARPA, que passou-se a chamar DARPA, posteriormente desenvolveu a ARPAnet, que objetivava a criação de uma rede de comunicação segura, interligando as bases militares aos centros de pesquisa do governo, e que não os deixasse vulneráveis caso houvesse um ataque nuclear. Nesse sentido, seria criada uma rede onde os equipamentos seriam autônomos e a comunicação se daria de forma distribuída, e assim obteriam um sistema de modo que as informações não fossem perdidas caso o Pentágono fosse atingido, e que permitia que a comunicação continuasse por outros meios.

Na década de 1970, a internet deixa de ser utilizada apenas nas bases militares e passa a ser incorporada nas universidades, a primeira ligação feita dessa rede foi entre as universidades de Stanford e a UCL.

No final dos anos 70, foi desenvolvido pelos cientistas Robert Kahn e Vincent Cerf um conjunto de protocolos denominado TCP/IP (Transmission Control Protocol e Internet Protocol),

considerado um composto de regras e procedimentos de comunicação na Internet que permitiria que a comunicação fosse realizada corretamente e incorporaria todas as possibilidades de interação entre máquinas e redes que pretendessem se comunicar. Atualmente o TCI/IP é um dos protocolos mais utilizados.

Este protocolo permitiria que a comunicação fosse realizada através de “pacotes”. Cada pacote iria transitar na rede de modo independente até o seu destino, a rede resistiria a ataques, e os pacotes percorriam por outros caminhos, isso quer dizer que caso a rede se tornasse ineficaz, o dados percorreriam outros caminhos e comunicação seria mantida. Cada destino tem um endereço numérico IP, e o TCP permite a reconstrução da mensagem original quando a mesma chegar ao destinatário.

Foi na década de 80 que começaram as aplicações comerciais da Internet, através dos provedores de serviço da internet ISP (International Service Providers), onde cientistas de várias partes do mundo se comunicavam diretamente através dos computadores das universidades. Nesse período a troca de informação se tornou “fácil”, a rede se expandia além das fronteiras dos EUA.

O engenheiro inglês Tim Bernes Lee, conhecido como o “pai da web”, na década de 90, desenvolveu a WWW (World Wide Web), um sistema de documentos dispostos na internet que permitem obter informações apresentadas na forma de hipertexto (textos exibidos em formato digital que podem conter, imagens, sons, vídeos, etc). Os dados pesquisados na internet possuem um endereço IP, e cada usuário também recebe um endereço IP a partir do momento em que se conecta, esse número permite que cada navegador seja rastreado, e portanto, verifica-se que o endereço IP é de suma importância na investigação de crimes praticados na rede.

A partir dessa criação, aumentou-se

consideravelmente o número de servidores conectados ao sistema, e assim foi possibilitado aos usuários comuns a conexão com a Rede Mundial de Computadores sem sair de casa, permitindo aos mesmos a troca de informações online e o relacionamento com pessoas de diversas partes do mundo, no denominado ciberespaço, que nada mais é do que a ausência de necessidade do homem físico para a constituição de uma comunicação.

Para Monteiro, 2017:

Ciberespaço é definido como um mundo virtual porque está em presente potência, é um espaço desterritorializante. Esse mundo não é palpável, mas existe de outra forma, outra realidade. O ciberespaço existe em um local indefinido, desconhecido, cheio de devires e possibilidades. Não podemos, sequer, afirmar que o ciberespaço esta presente em nossos computadores, tampouco nas redes, afinal onde fica o ciberespaço? Para onde vai todo esse “mundo” quando desligamos nossos computadores? É esse caráter fluido do ciberespaço que o torna virtual. (MONTEIRO, Silvana Drumond, v8 n3 2017)

Nos dias atuais a internet está presente na realidade de milhares de pessoas, e é notório que o surgimento dessa tecnologia foi um avanço na forma de se comunicar do homem. Como consequência, a Era Digital e o avanço das formas de se comunicar, fez surgir uma nova cultura, denominada Cibercultura, uma cultura contemporânea que se desenvolve no ciberespaço,

representada pela comunicação dos povos e integração de diversas culturas, ou seja, é a realidade dos dias de hoje.

3 O DIREITO CONSTITUCIONAL À INTIMIDADE E A VIDA PRIVADA

3.1 Em que consiste?

Os direitos fundamentais, ou “direitos humanos”, surgiram através ideais decorrentes do iluminismo nos séculos XVII e XVIII.

Embora inerentes à existência humana, a garantia dos direitos fundamentais se deu de forma lenta, através de confrontos travados com o intuito proteger o homem e conter um poder estatal opressivo. Esses direitos assumem importância na sociedade quando a relação existente entre Estado e indivíduo se inverte, e se admite que o indivíduo tem primeiramente perante ao Estado direitos e não deveres, e que os deveres do Estado para com o indivíduo dizem respeito a satisfação de suas necessidades.

Acerca do surgimento dos direitos fundamentais, Moraes, 1999, afirma:

[...] surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosóficos jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural. (MORAES, 1999, p.178)

Somente com a consagração desses direitos pelas primeiras Constituições é que surge a denominação das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais. A primeira geração corresponde aos direitos civis e

políticos, integrados pelo direito à liberdade, à vida, à propriedade, à liberdade de expressão, à liberdade de religião, etc.

Nas palavras de Bonavides, 2006:

Os direitos fundamentais de primeira dimensão representam exatamente os direitos civis e políticos, que correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas que continuam a integrar os catálogos das Constituições atuais (apesar de contar com alguma variação de conteúdo), o que demonstra a cumulatividade das dimensões. (Bonavides, 2006, p. 560)

Os direitos da segunda geração visam a garantia da igualdade e liberdade material para todos os indivíduos, impondo uma obrigação de fazer ao Estado e mediante atuação do Poder Público proporcionar lazer, saúde, educação, assistência social, habitação, trabalho, etc.

Os direitos de terceira geração objetivam a proteção da coletividade e de grupos humanos e não de interesses individuais, refere-se ao direito a proteção do patrimônio histórico e cultural, a paz, e a conscientização para a conservação do meio ambiente. Trata-se de direitos transindividuais, sendo eles coletivos ou difusos.

Bonavides, 2006, cita sobre os direitos de terceira dimensão:

Com efeito, um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e

universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. (BONAVIDES, 2006, p.569)

Atualmente, existem divergências a respeito da existência dos direitos de quarta dimensão.

Bonavides, 2006, considera:

Direitos de quarta geração são o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (BONAVIDES, 2006, p.571)

A Constituição Federal de 1988 prevê que o Estado deve reconhecer e garantir os direitos fundamentais. Foi a primeira a aludir o direito fundamental à intimidade e a vida privada, em seu artigo 5º, inciso X, que diz:

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:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

A intimidade se define por um espaço exclusivo, impenetrável e que diz respeito unicamente à pessoa. São as particularidades, memórias, acontecimentos de maior importância à pessoa e que ela não desejaria que fossem compartilhados. Por se tratar de um direito fundamental, é intransmissível, irrenunciável, imprescritível, indisponível e impenhorável.

Para Costa Junior, 1995, a intimidade é definida:

A necessidade de encontrar na solidão aquela paz e aquele equilíbrio, continuamente comprometidos pelo ritmo da vida moderna, de manter-se a pessoa, querendo, isolada, subtraída ao alarde e à publicidade, fechada na sua intimidade, resguardada da curiosidade dos olhares e dos ouvidos ávidos. (COSTA JUNIOR, 1995, p.197)

No mesmo sentido, expressa Araújo, 2010:

O direito a intimidade é direito subjetivo privado porque confere

às pessoas um poder perante seus semelhantes de resguardar -se de intromissões e de publicidade, na esfera mais reservada da existência, como também a faculdade de fazer concessões nesse terreno. (ARAÚJO, 2010, p.49)

A vida privada trata-se de situações pessoais que envolvam o relacionamento com familiares e amigos, engloba todos os aspectos que o indivíduo deseja resguardar e não tornar objeto de conhecimento público.

Silva (1997) determina a vida privada:

O conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito. (SILVA, 1997, p.202)

A jurisprudência assim como diversos autores, não faz distinção no que diz respeito à privacidade e intimidade. Há os que consideram que privacidade é um conceito amplo que engloba a intimidade, nesse sentido, se pronuncia Branco e Mendes, 2016:

O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoas em geral, as relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhe ao conhecimento público. O objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda

mais íntimos envolvendo relações familiares e amizades mais próximas. (BRANCO e MENDES, 2016, p.300)

O direito à intimidade e à vida privada pode ser classificado como direitos e personalidade. Esse direito advém da autonomia de vontade do ser humano, que tem o livre arbítrio de fazer suas escolhas e viver a vida como bem entender, sem que haja a intromissão alheia.

Nesse sentido, a tutela constitucional visa preservar o segredo e a liberdade da vida privada, sendo direito inviolável e que, portanto, deve ser resguardado.

3.2 Fragilidade da vida privada na Era Digital

O advento das novas tecnologias transformou a sociedade em uma “sociedade de informação”, que possibilita o acesso ao conhecimento de forma imediata e cria relações sociais estruturadas em um ambiente virtual, sem fronteiras, independente de fatores físicos. É o que se denomina ciberespaço, um ambiente que se cria laços e reuni pessoas sob a forma de comunidade virtual.

O homem criou a tecnologia com o intuito de satisfazer as suas necessidades, e não para se tornar refém dela, nesse sentido, se por um lado a Era Digital trouxe inúmeros benefícios para a sociedade, por outro criou-se uma zona de risco e criminalizada.

Hoje, nos deparamos com o fenômeno da convergência digital, ou seja, todos os meios de comunicação de massa como jornais e revistas, rádio, televisão e internet estão centralizados em um único suporte, seja um computador, televisão ou até mesmo um smartphone, facilitando a chegada de informações até o seu destino.

A internet nos últimos anos se adaptou ao

cotidiano do indivíduo. O rápido acesso à ela, despertou novas maneiras de se relacionar entre pessoas, gerando uma nova forma de convivência.

Nessa perspectiva Castells (2013) entende:

Os movimentos sociais em rede de nossa época são amplamente fundamentados na Internet, que é um componente necessário, embora não suficiente da ação coletiva. As redes sociais digitais baseadas na internet e nas plataformas sem fio são ferramentas decisivas para organizar, mobilizar, deliberar, coordenar e decidir. Mas o papel da internet ultrapassa a instrumentalidade: ela cria as condições para uma forma de prática comum que permite a um movimento sem liderança sobreviver, deliberar, coordenar e expandir-se. Ela protege o movimento da repressão de seus espaços físicos liberados, mantendo a comunicação entre as pessoas dos movimentos e com a sociedade em geral na longa marcha da mudança social exigida para superar a dominação institucionalizada. (CASTELLS, 2013, p.141)

A utilização das redes sociais alterou demasiadamente a forma de obtenção e divulgação de dados pessoais, o que impeliu diretamente a perspectiva da privacidade da pessoa humana. Nos dias atuais, raramente o indivíduo poderá obter um controle sobre as suas

informações e características pessoais depois que as inserir na rede.

A exposição indevida de direitos de terceiros no ambiente virtual é reflexo do mau uso das redes sociais. Nos últimos tempos, lesões a intimidade, a vida privada, a imagem, a honra da pessoa humana vem ocorrendo de forma exorbitante, tendo em vista a facilidade para adentrar na rede e criar contas pessoais, grupos e realizar postagens, que contribuem para a exibição não consensual de conteúdos e informações íntimas ferindo a integridade do indivíduo.

Pode-se dizer que na sociedade de informação vivenciamos uma erosão do direito a privacidade, visto que os meios tecnológicos de informática permitem que a longa distância haja a invasão dos dados pessoais do indivíduo e sua privacidade seja exposta.

Um dos maiores desafios da atualidade é respeitar o direito de personalidade no ambiente virtual, pois se por um lado a internet vem transformando as relações humanas e facilitando o compartilhamento de informações, por outro torna a privacidade frágil e refém à ela.

3.3 O Marco Civil da Internet – Lei Federal nº 12.965/14

A internet fez surgir novas formas de relacionar entre as pessoas, sendo possível acessar a rede de qualquer lugar e a qualquer hora do dia. Essas transformações resultantes do uso livre da Internet causaram grande impacto na vida das pessoas que ainda não sabem lidar com a nova era virtual.

Para Tomasevicius Filho, 2016, imaginou-se que a Internet seria “terra sem lei”, onde tudo seria permitido em razão da dificuldade de se descobrir a verdadeira identidade de quem se encontra do outro lado da tela.

O desenvolvimento da internet nos últimos 20

anos foi acompanhado pelo crescimento constante de usuários da rede, e junto a este crescimento surgiram vários questionamentos às práticas de sua utilização, portanto, foi necessário a implementação de um instrumento para regular a atuação dos usuários no ambiente virtual.

No Brasil não existia uma lei específica que tratava sobre os deveres dos provedores de acesso e os direitos dos usuários. As questões eram direcionadas ao Judiciário, julgadas de acordo com o previsto no Código Civil, Código de Defesa do consumidor ou outras legislações vigentes, e comumente as decisões se apresentavam contraditórias.

Por essa razão, a Lei Federal nº 12.965/14, foi incorporada com o intuito de regular a utilização da internet no Brasil através da atuação do Poder Público, impor direitos, deveres e promover garantias aos seus usuários.

O projeto foi iniciado no ano de 2009, e em 2011 através de uma iniciativa do Poder Executivo ingressou no Congresso Nacional em forma de PL nº 2.126/2011. Em 25 de março de 2014 foi aprovado pela Câmara dos Deputados e no dia 23 de abril do mesmo ano foi sancionado pela ex-presidente Dilma Rousseff durante o seminário “NETMundial”.

Em análise ao Marco Civil da Internet (MCI), o seu artigo 3º trata sobre os princípios do uso da internet. Dentre eles, pode-se destacar os incisos I, II, III e IV, que respectivamente correspondem à garantia da liberdade de expressão, proteção da privacidade, proteção dos dados pessoais e preservação e garantia da neutralidade de rede.

O princípio da neutralidade da rede, determina que a rede deve ser igual para todos. Nesse sentido, declara Wu, 2012:

O princípio da

neutralidade da rede, em particular, determina que a rede deve tratar da mesma forma tudo aquilo que transportar, sem fazer discriminações quanto à natureza do conteúdo ou à identidade do usuário, buscando-se, assim, “garantir uma experiência integral da rede a seus usuários.”(WU,2012,p.244)

Ao apresentar a privacidade como princípio, destaca-se o controle da circulação e divulgação das informações pessoais, sendo protegida nesse aspecto toda informação e comunicação do usuário que seja considerada privada, garantindo o seu sigilo, salvo por ordem judicial. Abrange também a proteção dos dados pessoais, que correspondem a informações que permitem a identificação do usuário e podem ser solicitadas pelos provedores de acesso a internet ou provedores de serviços no Brasil.

Sobre a privacidade e dados pessoais expõe Oliveira, 2013:

O Marco Civil determina que o sigilo das comunicações dos usuários da internet não pode ser violado. Provedores de acesso à internet serão obrigados a guardar os registros das horas de acesso e do fim da conexão dos usuários pelo prazo de um ano, mas isso deve ser feito em ambiente controlado. A responsabilidade por esse controle não deverá ser delegada a outras empresas. Não fica autorizado o registro das páginas e do conteúdo acessado

pelo internauta. A coleta, o uso e o armazenamento de dados pessoais pelas empresas só poderão ocorrer desde que especificados nos contratos e caso não sejam vedados pela legislação. Os Provedores de acesso e aplicações não poderão ceder dados a terceiros sem que os usuários permitam. O projeto estabelece proteção aos dados pessoais do internauta - nome, endereço, telefone, fotografias ou outros que possam identificá-lo. Também será obrigada a exclusão de dados pessoais de usuários que termine uma relação com uma aplicação na internet. (OLIVEIRA, 2013)

Percebe-se que a preocupação do legislador ao enunciar os princípios foi assegurar à pessoa que na internet também é possível desenvolver livremente sua personalidade, tendo a garantia de uma segurança jurídica.

Deve-se também dar ênfase ao artigo 7º, que em seus primeiros incisos garante a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet e sigilo de suas comunicações da internet, dispondo nesse sentido sobre os direitos do usuários, vejamos:

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

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

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

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

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

V - manutenção da qualidade contratada da conexão à internet;

VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade;

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

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

a) justifiquem sua coleta;

b) não sejam vedadas pela legislação; e

- c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;
- IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;
- X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;
- XI - publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet;
- XII - acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, nos termos da lei; e
- XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.

Observa-se que a lei impõe aos provedores o dever de sigilo geral, estabelecendo inclusive penalidades. Desta maneira, o MCI determina que provedores e sites não poderão usar dados dos usuários com fins comerciais e que seus dados devem ser guardados por um período de seis meses. Além disso, obriga empresas estrangeiras a se submeterem as leis brasileiras de segurança à informação, ainda que os centros de armazenamentos de dados (data

centers) estejam fisicamente fora do país.

O capítulo IV do Marco Civil da Internet é dedicado à atuação do Poder Público operante ao desenvolvimento da internet no Brasil. Dentre seus artigos, destaca-se o artigo 24 que trata sobre as diretrizes a serem adotadas pela União, Distrito Federal, Estados e Municípios e o artigo 27 que alude sobre o uso da Internet como ferramenta para a promoção da cultura e desenvolvimento tecnológico, inclusão digital, redução de desigualdades sociais e fomento de produção e circulação de conteúdo nacional.

3.3.1 Crítica da Lei Federal nº 12.965/14

O Marco Civil da Internet foi a primeira Lei brasileira a versar sobre os direitos e deveres dos usuários da rede, garantindo a proteção dos dados pessoais e impondo atuação do Poder Público.

O fato é que os problemas surgidos com o desenvolvimento da internet são de escala mundial, já que a mesma permite o acesso à informações em qualquer parte do mundo, facilitando a violação dos direitos de personalidade e gerando efeitos extraterritoriais, o que torna difícil a solução de tais problemas por meio de uma lei nacional.

Nesse sentido a Lei apresenta aspectos positivos e negativos. Dentre os positivos pode-se elencar:

O princípio da proteção dos dados; a vedação de fornecimento dos dados pessoais e registros eletrônicos dos usuários, salvo mediante consentimento do mesmo; a obrigação dos prestadores de serviços prestarem informações claras e completas aos usuários sobre a coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que justifiquem a sua coleta, não sejam

vedadas pela legislação, e estejam especificadas nos termos de uso e contratos; o consentimento do usuário de forma expressa sobre a utilização dos seus dados pessoais e as cláusulas deverão estar destacadas nos termos de uso e contratos; o Direito à exclusão definitiva dos seus dados pessoais ao término da relação, salvo hipóteses de guarda obrigatória previstas em lei; o regulamentação do procedimentos judiciais específicos para a obtenção dos registro de navegação para fim de instrução processual civil e penal .

Por outro lado, possui aspectos negativos, já que muitos doutrinadores consideram que o texto da lei trouxe normas carentes de conteúdo, possuindo nesse sentido, certas deficiências.

Para TomaseviciusFilho,2016, há uma redundância de várias de suas disposições, que repetem, com insuficiência, o que já consta na Constituição Federal. Como exemplo, pode-se observar o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal e o artigo 7º, inciso I, do Marco Civil da Internet, onde ambos dispõem sobre a inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Outro exemplo é o artigo 5º, inciso IX, que garante a liberdade de expressão intelectual e o artigo 3º, inciso I, do Marco Civil que prescreve que o uso da Internet no Brasil tem como um dos princípios garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento nos termos da Constituição Federal.

O artigo 19 da Lei também vem recebendo críticas, uma delas é no que diz respeito a inconstitucionalidade do artigo, pois muitos consideram que o mesmo viola o artigo 5º, incisos X e XXXV, e o 1º, inciso III, da CF 1988.

Segundo Schreiber (2015):

[..] o referido artigo restringiria a

tutela dos direitos fundamentais e promoveria uma inversão axiológica, ao permitir um tratamento mais favorável para direitos de conteúdo patrimonial (art. 19 § 2º), como os direitos patrimoniais de autor, do que para direitos personalíssimos. (SCHREIBER,2015, p.289 a 295)

De fato não se pode negar que o Marco Civil da Internet foi a primeira lei que busco tratar especificamente de direitos essenciais dos usuários da rede, mas que ainda é uma lei lacunosa, e em razão dessas deficiências não consegue alcançar e solucionar os problemas enfrentados no ambiente virtual.

4 CRIMES CIBERNÉTICOS

O presente item busca conceituar crimes cibernéticos, elencar os principais crimes praticados atualmente e fazer uma análise à Lei Federal nº 12.737/12.

4.1 Conceito

O advento das novas tecnologias permitiu o desenvolvimento da globalização, facilitando o acesso a internet e a instantânea troca de informações. Ao mesmo tempo em que oferece uma variedade de recursos e serviços, troca de e-mails, compartilhamento de imagens, músicas, e relacionamento através de redes sociais em qualquer parte do mundo, fez surgir no ambiente virtual condutas ilícitas por parte dos seus usuários, se encaixando tais condutas na denominação de crimes cibernéticos.

As diferentes possibilidades do uso da internet têm feito com que mesmo crimes considerados “clássicos”, possam também ser cometidos virtualmente.

Antes de definirmos crime cibernético é necessário primeiramente entender o conceito de crime na ótica da legislação brasileira.

A Lei de Introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-1940) define em seu artigo primeiro:

Art 1º: Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Para definir o que seja crime cibernético, podemos apontar diversos conceitos. Conforme Pinheiro, 2013:

“Os crimes cibernéticos podem ser tratados como sendo condutas de acesso não autorizados a sistemas de informática, resultando em ações destrutivas, afetando sistemas de comunicação, alteração de dados, violação a direitos autorais, todos tipo de ofensas, discriminações e demonstração de ódio e intolerância, exposição de pornografia infantil, terrorismo e muito mais.” (PINHEIRO, 2013, p.46)

Segundo Roque, 2007:

“Crimes cibernéticos é toda

conduta, definida em lei como crime, em que o computador tiver sido utilizado como instrumento de sua perpetração ou consistir em seu objeto material.” (ROQUE, 2007, p.25)

A Organização para a Cooperação Econômica e de Desenvolvimento (OECD) conceituou esse tipo de crime como sendo:

“qualquer conduta ilegal não ética, ou não autorizada que envolva processamento de dados e/ou transmissão de dados.” (ROSA, 2002. p.53.)

Muitos doutrinadores consideram que os crimes cibernéticos podem ser classificados em próprios ou puros e impróprios ou impuros, visto que essa classificação é a que mais se aproxima da realidade dos fatos.

Os crimes virtuais próprios são aqueles em que necessariamente se utiliza o computador ou outros recursos informáticos como objeto e meio para a prática do crime, atacando o sistema informático no todo, incluindo o software e hardware, ou o computador pode ser utilizado como mera ferramenta para atingir o bem jurídico.

Posiciona-se Jesus (2011):

“Crimes eletrônicos puros ou próprios são aqueles que sejam praticados por computador e se realizem ou se consumem também em meio eletrônico. Neles, a informática (segurança dos sistemas, titularidade das informações e integridade dos

dados, da máquina e periféricos) é o objeto jurídico tutelado”. (JESUS apud CARNEIRO, 2011, online)

Por outro lado, os crimes virtuais impróprios são aqueles já tipificados pelo Direito Penal e que são praticados através da utilização do computador ou de modo tradicional, onde o ato ilícito se concretiza de outras maneiras, por exemplo, a pedofilia.

Assim demonstra Jesus (2011):

“..Já os crimes eletrônicos impuros ou impróprios são aqueles em que o agente se vale do computador como meio para produzir resultado naturalístico, que ofenda o mundo físico ou o espaço "real", ameaçando ou lesando outros bens, não-computacionais ou diversos da informática”. (JESUS apud CARNEIRO, 2011, online)

De modo geral crimes virtuais/digitais é toda conduta típica, antijurídica e culpável praticada no ciberespaço, com o uso da internet ou contra os dispositivos informáticos, podendo o seu resultado ter um alcance mundial.

4.2 Sujeitos ativo e passivo

Os crimes cibernéticos podem ser praticados por dois tipos de criminosos. O primeiro, denominado sujeito ativo, pode ser qualquer pessoa que utiliza seus conhecimentos informáticos para invadir e expor a privacidade de terceiros, lhe causando prejuízos.

Em razão da dificuldade de se identificar o autor da ação, já que a internet é um ambiente de fácil acesso e

dá liberdade aos seus usuários de assumirem diversas identidades, surgiu à necessidade de se denominar grupos para facilitar a identificação desses sujeitos.

Dentre essas denominações temos a figura do Hacker, indivíduo que utiliza de seus conhecimentos informáticos para invadir um sistema ou uma página na internet, sem a intenção de praticar condutas ilícitas, por isso, pode ser considerado um gênero, composto de várias espécies que irão variar de acordo com a conduta realizada.

Temos a espécie dos Crackers, ou Black Hat, “hacker do mal” ou “chapéu negro”, assim como os Hacker possuem um vasto conhecimento de informática, eles podem descobrir senhas, invadir arquivos e até mesmo ver a tela do computador. Atuam mediante a uma motivação criminosa e aproveitam a existência de falhas no sistema para obter vantagem ilícita.

Ainda nas espécies temos os chamados *lamers*, *phreaker* e os *defacer*. O lamer, é aquele que não apresenta grandes riscos aos usuários, visto que seus conhecimentos são limitados, são os chamados “iniciantes”. O phreaker, denominado também como “ hacker de telefonia”, praticam crimes com o intuito de danificar os sistemas de telecomunicações.

Por fim ,o *defacer* é aquele que invade páginas na internet e as modifica, colocando textos ou figuras, deixando sua marca em sites alheios sem autorização.

Define Mirabete (2008):

“Sujeito ativo do crime é aquele que pratica a conduta descrita na lei, ou seja, o fato típico. Só o homem, isoladamente ou associado a outros (coautoria ou participação), pode ser sujeito ativo do crime, embora na Antiguidade e

na idade média ocorressem muitos processos contra animais. A capacidade geral para praticar crime existe em todos os homens, é toda pessoa natural independente da sua idade ou de seu estado psíquico, portanto também os doentes mentais”. (MIRABETE,2008,p.110)

Isto posto, um dos maiores problemas do crime virtual é a identificação do autor, já que diferentemente da vida “ real” a internet é um ambiente que permite aos usuários à omissão de dados e até mesmo o anonimato, e muitas vezes o indivíduo atua se passando por outra pessoa, o que torna mais difícil a sua identificação, que não poderá ser feita por digitais, documentos, etc.

O segundo sujeito, denominado como sujeito passivo, é aquele na qual recai a ação ou omissão. Nos casos de crimes virtuais, o sujeito passivo poderá ser qualquer pessoa, física ou jurídica, sujeita ao uso da tecnologia e à vulnerabilidade que ela apresenta. No caso das pessoas jurídicas, por exemplo, é muito comum evitarem a divulgação e a exposição dos ataques sofridos, para não revelar a fragilidade da segurança do sistema.

4.3 Os principais crimes cibernéticos

Os primeiros casos de crimes praticados virtualmente ocorreram na década de 1960, período em que houve abuso do uso dos computadores e sistemas, fazendo surgir novas modalidades do crime, tendo maior incidência os casos que envolviam práticas de sabotagem e espionagem.

O desenvolvimento da internet proporcionou aos seus usuários a experiência de ser livre, trouxe consigo uma conexão mais intensa entre as pessoas, permitindo

relacionamentos por meio de sites e redes sociais, mas, ao mesmo tempo em que essa ferramenta possui papel fundamental na sociedade, por outro lado contribuiu para o aumento de delitos praticados virtualmente, podendo se considerar que o avanço da internet é proporcional ao avanço das modalidades e práticas de crimes virtuais.

Correa (2014) entende:

A internet pode ser também identificada como meio perfeito para a ação de comerciantes fraudulentos, pedófilos, piratas de software, traficantes de informação terrorista, crackers e muito mais. Uma pessoa navegando na internet é perfeitamente vulnerável à ação de hackers, vírus de computadores, podendo até cometer atos ilícitos, quando a usa de forma desmedida, desrespeitando os limites impostos por sistemas de segurança ou até ameaçando alguém anonimamente. (CORREA, aput SILVA, 2014 p.10):

O gráfico abaixo apresenta o crescimento de ataques cibernéticos no segundo semestre de 2018, correspondendo um aumento de 95,9% de acordo com pesquisas feitas pelo Laboratório especializado em cibersegurança da Psafe. Vejamos:

Imagem 1



Fonte: canaltech,2018.

Diante dos fatos apresentados, é incontestável que nos últimos anos vem crescendo incessantemente os ataques no meio digital e junto a ele o sentimento de impotência por parte das vítimas.

Colares (2002), destaca a possibilidade de crimes que podem ocorrer na internet:

“Crime contra a segurança nacional, preconceito, discriminação de raça-cor-etnias, pedofilia, crime contra a propriedade industrial, interceptação de comunicações de informática, lavagem de dinheiro e pirataria de software, calúnia, difamação, injúria, ameaça, divulgação de segredo, furto, dano, apropriação indébita, estelionato, violação de direito autoral, escárnio por motivo de religião, favorecimento da prostituição, ato obsceno, incitação ao crime, apologia ao crime ou criminoso, falsa identidade, inserção de dados em sistema de informações, falso

testemunho, exercício arbitrário das próprias razões e jogo de azar’’. (COLARES, 2002, p. 02)

Dentre os principais e mais frequentes crimes presentes na realidade digital, daremos destaque à pornografia, o cyberbullying, os crimes contra a honra e o sexting.

4.3.1 Pornografia

Para a tipificação do crime de pornografia é necessário que o indivíduo através da rede de computadores forneça informações ou ofereça serviços de caráter pornográfico, sem indicações visíveis sobre a natureza de seu conteúdo.

Dentre as suas modalidades, temos a pornografia de vingança (revengeporn), que se configura pelo compartilhamento de imagens ou vídeos íntimos, envolvendo atos sexuais ou cenas de nudez.

Hoje é muito comum que pessoas façam fotos ou vídeos que exprimem o seu cotidiano ou situações íntimas, porém se tornam reféns quando essas imagens são expostas com o objetivo de vingança, seja para humilha - lá ou em razão término de um relacionamento, o que é muito frequente nos dias de hoje.

O artigo 21 do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965) determina nesse sentido:

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros

materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Segundo pesquisa realizada pela ONG Safernet, essa modalidade de crime já ultrapassa a faixa de crescimento de 120% por ano, sendo que 81% das vítimas são mulheres, e no Brasil, é considerado o crime virtual “mais comum”, sem considerar o registro de vítimas que tiraram a própria vida em razão da humilhação sofrida.

No ordenamento Jurídico Brasileiro, a conduta do RevengePorn é tipificada pelos crimes de difamação e/ou injúria, previstos respectivamente nos artigos 139 e 140 do CP.

Outra modalidade comum desse crime é a pornografia infantil, sendo tal conduta especificada no artigo 241-A do ECA:

Artigo 241-A:

Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente.

Atualmente a internet permite aos criminosos uma facilidade de comunicação com as vítimas. Assim, existem

na rede, sites, blogs, canais de chat com o conteúdo específico para a troca de estratégias de como abordar o menor, informações, vídeos e imagens pornográficas.

De acordo com o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), a cada dia, cinco crianças, em média, são vítimas de violência sexual na Internet e pornografia infantil.

Observa Luiz Couto (PT/PB), presidente da Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados, que não é por falta de leis adequadas para proteger os menores que convivemos com números tão alarmantes. A legislação existente é extensa e adequada para enfrentar o problema. O que falta é uma aplicação rigorosa juntamente com um trabalho de prevenção por parte do Poder Executivo, e dessa forma criar uma rede de proteção às crianças e adolescentes para que esses crimes não aconteçam.

Em razão do número de vítimas aumentarem a cada ano, foi desenvolvido um software pelos Peritos Federais Criminais Pedro Monteiro da Silva Eleutério e Mateus de Castro Polastro, com o intuito de ajudar na investigação dos crimes virtuais contra crianças e adolescentes. Denominado NuDetective, essa ferramenta detecta de forma automática conteúdos de nudez e pornografia infantil contidos em computadores, pen drives, celulares, cartões de memória, etc.

Vejamos o julgado pelo STF:

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PUBLICAÇÃO DE PORNOGRAFIA ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE POR MEIO DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES (INTERNET). ARTIGO 241 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA). COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de

Justiça, a consumação do ilícito previsto no artigo 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente ocorre no ato de publicação das imagens pedófilo-pornográficas, sendo indiferente a localização do provedor de acesso à rede mundial de computadores onde tais imagens encontram-se armazenadas, ou a sua efetiva visualização pelos usuários.

2. Recurso em sentido estrito a que se dá provimento, declarando-se a Justiça Federal competente para o processamento e julgamento do feito.

(TRF-4 - RSE: 2504 SC 2009.72.01.002504-0, Relator: VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS, Data de Julgamento: 24/02/2010, OITAVA TURMA, Data de Publicação: D.E. 25/03/2010)

Em observância ao julgado, verifica-se a competência da Justiça Federal para casos de pornografia que envolva publicações de crianças ou adolescentes na rede mundial de computadores.

4.3.2 *Cyberbullying*

A palavra *bullying* é considerada como um termo “novo”, porém a violência que ela representa sempre existiu.

A Cleofante destaca:

“Não existe tradução em nosso idioma para o termo *bullying*, por referir-se a um conjunto de comportamentos. O *bullying* é definido como sendo um conjunto de comportamentos agressivos, intencionais e repetitivos, adotado por uma ou mais pessoas contra outra(s), sem motivos evidentes, causando dor e sofrimento, e executado dentro de

uma relação desigual de poder, o que possibilita a intimidação. Por consenso entre os pesquisadores brasileiros, o termo *bullying* é utilizado somente na relação entre crianças e adolescentes. Entre pares adultos é utilizado o termo assédio moral.”

No sentido jurídico, o *bullying* pode ser definido como assédio moral, que assume grandes proporções quando praticado no meio virtual, pois possui um efeito multiplicador.

A Lei Federal nº 13.185/2015 institui no Brasil o Programa de Combate à Intimidação Sistemática. O parágrafo 1º, do artigo 1º, da referida lei, define:

§1º: considera-se intimidação sistemática (*bullying*) todo ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, praticado por indivíduo ou grupo, contra uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas.

Já em seu artigo 2º, parágrafo único, dispõe sobre o *cyberbullying*:

Parágrafo Único. Há intimidação sistemática na rede mundial de computadores (*cyberbullying*), quando se usarem os instrumentos que lhe são próprios para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e

dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial.

Pode-se considerar o cyberbullying uma modalidade virtual de bullying, possuindo até as mesmas características, a diferença está no fato de que os níveis de violência praticados virtualmente são mais acentuados, pois nessa situação a intenção do agente é causar grave sofrimento a vítima submetendo-a à uma exposição mundial e imensurável, o que pode até leva- lá à morte.

Em pesquisa realizada pelo instituto Ipsos, foi constatado que o Brasil é o segundo país com a maior incidência de casos de cyberbullying no mundo. Cerca de 30% dos pais e responsáveis brasileiros afirmaram terem tido conhecimento de, pelo menos, um caso em que o seu filho foi vítima de bullying. E apenas 11% dos entrevistados não sabia se os seus filhos já tinham passado por situação de constrangimento ou humilhação pela internet.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso X, além de assegurar os direitos fundamentais a intimidade, vida privada, honra e a imagem das pessoas, garante o direito de indenização pelo dano material ou moral, decorrente de sua violação. O autor da prática do crime de cyberbullying, em razão da inobservância do referido artigo da CF/88, fica sujeito a ressarcir os danos correspondentes aos prejuízos causados às vítimas.

Ainda nesse sentido, de acordo com a legislação brasileira, esse crime pode ser tipificado como crime contra a honra, previsto nos artigos 138 a 145 do Código Penal.

Vale salientar, que as vítimas do cyberbullying ainda se sentem desprotegidas e com medo, em razão disso, em muitas situações não pedem ajuda por não quererem demonstrar suas fraquezas, por isso, muitos

consideram essa grave violência silenciosa. Vejamos o recém-julgado:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. ENVIO DE MENSAGENS E FOTOS PELA RÉ À AUTORA E A TERCEIROS REFERENTES A CASO EXTRACONJUGAL QUE HAVIA MANTIDO COM SEU MARIDO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL. CONDENAÇÃO DA RÉ AO PAGAMENTO DE R\$ 15.000,00, A TÍTULO DE DANOS MORAIS. 1. Teor jocoso e provocativo das mensagens enviadas que não demonstra que a intenção da ré fosse a de simplesmente alertar a autora do caso que havia mantido com seu marido, mas, ao revés, evidencia o propósito de humilhar, intimidar e ofender a autora, que, após descobrir a relação extraconjugal havida, aceitou manter o vínculo matrimonial. 2. Ademais, consta dos autos prova de que a ré buscava desmoralizar a autora em seu meio-social ao enviar o link de álbum de fotos do casal para terceiros. 3. Princípio da dignidade da pessoa humana que deve ser preservado quando violada a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, assegurando aos ofendidos, na forma do art. 5º da CF, o ressarcimento moral. 4. Danos morais evidenciados, cujo valor fixado em R\$ 15.000,00 não merece redução tampouco majoração, observadas as peculiaridades do caso concreto. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

(TJ-RJ - APL: 03723283220098190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 5 VARA CIVEL, Relator: FERNANDO CERQUEIRA CHAGAS, Data de Julgamento: 07/06/2017, DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 08/06/2017)

Em relação ao presente julgado, verifica-se a

condenação da ré, por não haver dúvidas sobre a sua intenção de causar danos a imagem da vítima.

4.3.3 Crimes contra a honra

No Código Penal Brasileiro, o Capítulo V traduz três tipos penais que visam a proteção da honra, que se subdivide em subjetiva ou objetiva.

Expõe Prado, 2008:

A honra, do ponto de vista objetivo, seria a reputação que o indivíduo desfruta em determinado meio social, a estima que lhe é conferida; subjetivamente, a honra seria o sentimento da própria dignidade ou decoro. A calúnia e a difamação atingiriam a honra no sentido objetivo (reputação, estima social, bom nome); já a injúria ofenderia a honra subjetiva (dignidade, decoro). (PRADO, 2008, p. 213):

Os crimes de calúnia, difamação e injúria estão previstos respectivamente nos artigos 138 a 140 do CP, vejamos:

Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:
Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Esse crime é considerado como o mais grave contra a honra. Para caracterizá-lo é necessário que seja feita com dolo a imputação falsa de um fato considerado

como criminoso, ou seja, que suas circunstâncias estejam previstas no Código Penal. Será consumado quando um terceiro toma conhecimento sobre a imputação falsa.

Acerca do crime de calúnia, ensina Pierangeli, 2005:

Imputação da prática de um fato determinado, ou seja, concreto, específico. Faz-se indispensável que o agente, de modo expresso, precise o fato e em que circunstâncias o mesmo se deu, mas não se exige que se as pormenorize, ou seja, que se faça necessária uma descrição pormenorizada; sendo suficiente uma síntese lógica, inteligível ou compreensível por todos. A atribuição de generalidades ou circunstâncias de fato suscetíveis de interpretação dispares não configura um delito de calúnia, pelo que sequer pode compor e justificar uma queixa-crime. (PIERANGELI, 2005, v.2)

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:
Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

A difamação se caracteriza pela imputação de fato que cause ofensa e desonra a alguém perante a sociedade, não sendo necessário que o fato seja criminoso e nem que seja verídico, a simples acusação já configura o crime.

Art. 140 - Injuriar alguém,

ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:
Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

Para que haja a configuração do crime de injúria, é necessário que seja dado um atributo negativo à pessoa, ofendendo a sua dignidade, independente da violação da imagem do indivíduo perante a coletividade.

Diante ao apresentado, leciona Jesus, 2007:

Enquanto a calúnia existe imputação de fato definido como crime, na difamação o fato é meramente ofensivo a reputação do ofendido. Além disso, o tipo de calúnia exige elemento normativo da falsidade da imputação, o que é irrelevante no delito da difamação. Enquanto na injúria o fato versa sobre qualidade negativa da vítima, ofendendo-lhe a honra subjetiva, na difamação há ofensa à reputação do ofendido, versando sobre fato a ela ofensivo. (JESUS,2007, p. 225):

Os crimes contra a honra no ambiente virtual alcançam grandes proporções e podem levar à vítima a um constrangimento ainda maior.

O direito à liberdade de expressão é assegurado a toda pessoa, assim como prevê o artigo XIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos, porém a partir do momento em que esse direito atinge a honra do outro, é sinal de que está havendo o abuso dessa liberdade. De acordo com o artigo XIX da Declaração dos direitos Humanos:

Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

A partir do momento em que o indivíduo ofende à honra do outro, estará sujeito a responder por seus atos civilmente, sendo submetido ao pagamento de um valor indenizatório fixado em sentença penal. Nesses casos é necessário que seja feita a total remoção do conteúdo ofensivo na rede, visto que a sua manutenção continuará gerando efeitos prejudiciais à vítima.

Portanto, é preciso que o próprio Poder Judiciário determine que o conteúdo seja retirado e se torne indisponível imediatamente, pois dessa forma evita que também se torne responsável pela propagação desse crime, que pode causar grandes transtornos psicossociais à vítima.

Analisemos o Recurso Extraordinário nº 548048 Agr/DF, Julgado pelo STF, que imputou responsabilidade pelo dano à imagem realizado virtualmente:

EMENTA: DIREITO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. IMAGEM DIFUNDIDA NA INTERNET. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. REEXAME DE FATOS E PROVAS. 1. É inadmissível recurso extraordinário no qual, a pretexto de ofensa a princípios constitucionais, pretende-se a análise de legislação infraconstitucional. Hipótese de contrariedade indireta à Constituição Federal. 2. O Tribunal de origem, a partir do exame dos fatos e das

provas dos autos concluiu pela existência de dano moral a ser reparado em razão de divulgação de imagem da parte agravada na rede mundial de computadores sem sua autorização. Incidência portanto, da Súmula/STF 279. 3. Inexistência de argumento capaz de infirmar o entendimento adotado pela decisão agravada. 4. Agravo regimental improvido.

(STF - RE: 548048 DF, Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 09/06/2009, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-121 DIVULG 30-06-2009 PUBLIC 01-07-2009 EMENT VOL-02367-07 PP-01234)

Diante ao exposto, tem-se a condenação da autora diante de fatos que comprovam a divulgação de imagens da vítima sem o seu consentimento na rede mundial computadores, nesse sentido, atingindo sua própria honra.

4.3.4 Sexting

A tecnologia, especialmente a internet, facilitou o contato entre as pessoas no meio digital, permitindo a comunicação através de sites, redes sociais, smartphones, etc.

O termo sexting é a junção das palavras “sex” e “texting”, que significa o envio consensual de mensagens de texto com o conteúdo erótico, mas que hoje engloba também o envio de imagens e vídeos sexuais. Embora a conduta do sexting possa ser praticada por qualquer pessoa, atualmente tem se tornado frequente na realidade das crianças e adolescentes.

A internet tem ganhado grande participação na vida dos jovens. Durante essa etapa da vida, enfrentam diversos dilemas, envolvendo situações no meio social e familiar e por se sentirem cobrados a todo tempo, até mesmo em razão do padrão de vida e estética que a própria

rede social impõe, utilizam deste meio como uma ferramenta de exibição e aceitação.

Assim sendo, enviam imagens ou vídeos exibindo o próprio corpo sem se preocupar com os riscos oferecidos pelo excesso de exposição, se colocando em situação de vulnerabilidade.

O grande problema do sexting se dá pelo fato de que o receptor do conteúdo pode compartilhá-lo sem autorização do titular e qualquer informação divulgada no ciberespaço pode ser acessada por qualquer pessoa em qualquer lugar, gerando assim danos irreversíveis à vida da criança.

De acordo com estudo feito pela ONG SaferNet, o sexting aumentou consideravelmente à prática de pornografia infantil e em 2017 foram recebidas 63.698 denúncias anônimas envolvendo 32.936 páginas de pornografia infantil, as quais 20.976 foram denunciadas, resultando um aumento de 18,87% em relação ao ano de 2016.

Em Recurso Julgado pelo STJ:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC/1973. NÃO VIOLAÇÃO. DANO MORAL. VALOR DA INDENIZAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE. INTERVENÇÃO DO STJ. DIREITO À INTIMIDADE, PRIVACIDADE, HONRA E IMAGEM. VALOR DA INDENIZAÇÃO. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO EQUITATIVO. MÉTODO BIFÁSICO. VALOR BÁSICO E CIRCUNSTÂNCIAS ESPECÍFICAS DO CASO. CONDUTA QUE CONFIGURA SEXTING E CIBERBULLYING. 1. Não há violação ao art. 535 do CPC/1973, quando a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário a pretensão da recorrente. 2. O STJ, quando requisitado a se manifestar sobre arbitramento de

valores devidos pelo sofrimento de dano moral, apenas intervirá diante de situações especialíssimas, para aferir a razoabilidade do quantum determinado para amenizar o abalo ocasionado pela ofensa, caso dos autos. 3. Intimidade, na definição da doutrina, diz respeito ao poder concedido à pessoa sobre o conjunto de atividades que formam seu círculo íntimo, pessoal, poder que lhe permite excluir os estranhos de intrometer-se na vida particular e dar-lhe uma publicidade que o interessado não deseja. 4. Devem ser considerados como pertencentes à vida privada da pessoa não só os fatos da vida íntima, como todos aqueles em que não haja o interesse da sociedade de que faz parte. 5. A revelação de fatos da vida íntima da pessoa, consubstanciada na divulgação, pela internet, de fotografias no momento em que praticava atos de cunho sexual, em local reservado e não acessível ao público em geral, assim como nos juízos de valor e na difamação que se seguiram às publicações, são capazes de causar à vítima transtornos imensuráveis, injustificáveis, a merecer reprimenda adequada. 6. Na primeira etapa do método bifásico de arbitramento de indenização por dano moral deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes. 7. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para a fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz. 8. Para o caso dos autos, na primeira etapa, consideram-se, para fixação do quantum indenizatório, os interesses jurídicos lesados (direito à intimidade, privacidade, ofensa à honra e à imagem das pessoas, direitos da personalidade de cunho constitucional), assim como o valor estipulado em acordo firmado com um dos réus. 9. Para a segunda fase, de fixação definitiva, consideram-se: a) a ação voluntariamente dirigida a difamar, sem conteúdo

informativo ou interesse público; b) o meio utilizado para divulgação das fotografias, a rede mundial de computadores; c) o dano sofrido pela recorrente, de proporções catastróficas na psique de uma adolescente; d) a gravidade do fato; e) a circunstância da vítima ser menor de idade à época dos acontecimentos. 10. Saliente-se que a conduta repreendida é aquilo que se conceituou sexting, forma cada vez mais frequente de violar a privacidade de uma pessoa, que reúne, em si, características de diferentes práticas ofensivas e criminosas. Envolve cyberbullying, por ofender moralmente e difamar as vítimas que têm suas imagens publicadas sem o consentimento e, ainda, estimula a pornografia infantil e a pedofilia em casos envolvendo menores. 11. Indenização fixada em 130 (cento e trinta) salários mínimos tornando-se, assim, definitiva, equivalentes a R\$114.400,00 (cento e quatorze mil e quatrocentos reais). 12. Recurso especial parcialmente provido.

(STJ - REsp: 1445240 SP 2013/0214154-2, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 10/10/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/11/2017)

Conforme o apresentado, foi fixado valor de indenização em razão de conduta que envolveu a prática de sexting e cyberbullying, ou seja, além de publicação de imagens com conteúdos sexuais, houve o estímulo a pornografia infantil.

5 APLICABILIDADE DA LEI PENAL

Este tópico busca tratar sobre a criação da Lei Federal Carolina Dieckmann, os seus efeitos e ainda a insuficiência de normas no ordenamento jurídico.

5.1 Lei Federal nº 12.737/12 – ‘Lei Carolina Dieckmann’

De acordo com notícia publicada no site G1, a atriz Carolina Dieckmann, no dia 7 de maio do ano de 2012, procurou a polícia da cidade do Rio de Janeiro, alegando que trinta e seis fotos pessoais haviam sido publicadas na internet, incluindo fotos junto ao seu filho menor. Segundo relatos, ela vinha recebendo ameaças de extorsão desde o mês de março do mesmo ano, porém preferiu não registrar a queixa para evitar exposição.

Alega ainda que o hacker entrou em contato com o seu empresário, enviando duas imagens como prova e exigindo o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para não divulgá-las.

A Delegacia de Repressão aos Crimes de Informática (DRCI) da Polícia Civil do RJ utilizou programas de contra-espionagem para capturar os suspeitos. De acordo com os resultados da investigação, o acesso as imagens se deu através de um e-mail usado como isca (spam), que a partir do momento que fosse aberto permitia aos hackers acesso ao computador da atriz. No fim da investigação foram computados 60 arquivos furtados.

A grande repercussão do caso nas mídias televisivas contribuiu para a rápida aprovação do projeto de lei proposta pelo Deputado Paulo Teixeira (PT-SP) que já tramitava à anos, trazendo alterações no Código Penal Brasileiro.

A lei entrou em vigor no dia 3 de abril do ano de 2013, e trouxe comoprincipais alterações a incorporação de novos tipos penais que se encontram previstos no artigo 154-A , 154-B, 266 e 298 do Código Penal:

Art. 154-A no Código Penal:

Art. 154-A. Invadir dispositivo

informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência § 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput. (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência § 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico. (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência § 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido: (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave. (Incluído pela Lei nº 12.737, de

2012) Vigência

§ 4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos. (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência

§ 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra: (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência

I - Presidente da República, governadores e prefeitos; (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência

II - Presidente do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência

III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência

IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal. (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência
Ação penal (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência

Para que a conduta seja considerada como crime, é necessário que se invada um dispositivo informático, podendo ser um computador, smartphone, tablet, sem a autorização de seu dono, e que o interesse do autor seja

unicamente causar malefícios a outrem.

Nota-se que no § 1º do referido artigo o legislador equiparou aquele que vende, oferece e distribui programas de computador que propiciam a invasão, com o invasor, lhe sendo imputado a mesma pena.

Observa-se ainda que em seu §3º a pena será duplicada em casos que houver a comercialização ou propagação de informações de conteúdo privado ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido.

Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime e cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos. (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência

O artigo citado acima, determina o cabimento da instauração da ação penal pública condicionada, onde a representação se dá nos moldes do CPP, sendo dirigida ao Juiz, Ministério Público ou à autoridade policial, nos casos de ausência ou morte do ofendido o direito de representação passará ao cônjuge, ascendente descendente e irmão.

A inserção do parágrafo 1º ao artigo 266 também foi uma inovação da lei, que incluiu no tipo penal a interrupção de serviço telemático ou de informação de utilidade pública:

Art. 266 - Interromper ou perturbar serviço telegráfico, radiotelegráfico ou telefônico, impedir ou

dificultar-lhe o restabelecimento:
Pena - detenção, de um a três anos,
e multa.
Parágrafo único - Aplicam-se as
penas em dobro, se o crime é
cometido por ocasião de
calamidade pública.
§ 1º Incorre na mesma pena quem
interrompe serviço telemático ou
de informação de utilidade pública,
ou impede ou dificulta-lhe o
restabelecimento. (Incluído pela
Lei nº 12.737, de 2012) Vigência
§ 2º Aplicam-se as penas em
dobro se o crime é cometido por
ocasião de calamidade pública.
(Incluído pela Lei nº 12.737, de
2012) Vigência

A conduta inserida no parágrafo primeiro é resultante dos avanços tecnológicos, sendo sua prática muito comum pelos Hackers. Responderá pelo crime aquele que através da invasão a um dispositivo, objetiva reduzir a capacidade de um serviço ou inibir o seu restabelecimento, e que se praticados podem causar diversos problemas aos utilizadores deste serviço.

Observa-se a ainda o parágrafo único impõe que a pena aplicada em dobro na hipótese em que o delito for cometido em situação de calamidade pública.

Por fim o artigo 298 também passou por alterações:

Art. 298 - Falsificar, no todo ou em parte, documento particular ou alterar documento particular verdadeiro:
Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.

Falsificação de cartão
Parágrafo único. Para fins do disposto no caput, equipara-se a documento particular o cartão de crédito ou débito. (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência
Falsidade ideológica

O referido artigo em seu parágrafo único igualou o cartão de crédito ou de débito como documento particular, considerando-o nesse sentido como objeto do crime de falsidade documental. Em razão das facilidades que a internet proporciona, a falsificação dos mesmos se torna algo comum na realidade de seus usuários, que podem ser submetidos à invasão com a simples colocação de dados magnéticos no cartão e a partir daí o invasor já tem acesso a todas as informações referentes ao sistema bancário da vítima, incluindo suas operações.

A implantação da Lei Federal nº 12.737/12 trouxe vantagens ao ordenamento jurídico, visto que antes de seu advento não existia um dispositivo legal que tipificasse essas novas condutas como crime, e hoje o legislador garante certa proteção aos reféns do crime de invasão de dispositivo informático, já que os prejuízos resultantes dessa prática violam o direito fundamental da privacidade e os submetem a uma situação de grande constrangimento.

5.2 Competência para processar e julgar

No que diz respeito à competência para o julgamento dos crimes cibernéticos, será da Justiça Federal, quando a prática do delito se enquadra no inciso IV, previsto no artigo 9º da CF/88, vejamos:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
(...)

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

Insta salientar, que também compete a Justiça Federal julgar os delitos que integram as infrações previstas em tratados ou convenções internacionais, ou seja, fatos que podem tomar grandes proporções, ultrapassando as fronteiras internacionais, permitindo o conhecimento por qualquer pessoa que se encontre em outra parte do mundo, por exemplo, o crime de pornografia infantil, pedofilia, tráfico de mulheres, etc.

A competência para processar e julgar será da Justiça Estadual quando o crime praticado por meios eletrônicos restringir-se ao território nacional, não ultrapassando os limites internacionais. Ainda nesse sentido, a Justiça comum Estadual atuará quando o crime não se encaixar nas hipóteses de competência da Justiça Federal, ou seja, a infração penal não estiver prevista em tratados ou acordos internacionais.

5.3 Insuficiência de normas no ordenamento jurídico

O surgimento da internet foi acompanhado por um crescimento constante dos seus adeptos que a consideram como um sistema que apresenta diversos recursos que facilitam o cumprimento de obrigações do cotidiano.

Através dela, as informações são adquiridas em segundos, é possível se relacionar com pessoas que se encontram do outro lado do mundo, e até fazer compras ou

realizar pagamentos sem sair de casa, através de seus dispositivos informáticos. Apesar disso, nem todos os usuários souberam respeitar os limites do uso dessa ferramenta, e empregam os recursos proporcionados por ela para a prática de condutas ilícitas, intituladas como Crimes Cibernéticos.

Em razão de não haver no Brasil uma legislação específica que tratasse sobre os crimes praticados nesse meio virtual, as sanções eram aplicadas de acordo com o disposto na Constituição Federal e no Código Civil Brasileiro, impondo somente ao autor do delito a obrigação de reparação de danos materiais e morais à vítima.

O advento da Lei Federal nº 12.737/12, permitiu ao Código Penal tipificar condutas que até então não eram previstas, e como consequência proporcionou uma maior segurança aos reféns dos invasores dos dados informáticos.

O fato é que as transformações sociais estão em constante evolução e em razão disso o legislador não consegue acompanhar essa evolução criando dispositivos que garantam uma proteção ao usuário, e como consequência, não lhe oferecendo o devido amparo legal.

Junto com as inovações trazidas e uma maior proteção aos adeptos da internet, a lei também veio acompanhada de críticas. A primeira delas se dá ao fato de que somente considera-se autor do delito aquele que invade computador alheio para obter vantagens ilícitas, a conduta de pessoa que invade o seu próprio dispositivo para acessar dados alheios que lá se encontram, será considerada atípica.

Outra crítica, que se pode considerar uma das mais importantes, diz respeito a aplicação de pena. O artigo 154-A prevê pena de detenção de três meses a um ano e sabe-se que esse tipo de pena admite o cumprimento por meio de regime semiaberto ou aberto, além de substituição por pena pecuniária, alternativa ou restritiva

de direitos.

Diante disso, nota-se que a lei não dá tanta importância a imposição da pena, o que não deveria ocorrer, já que o crime cibernético quando praticado pode vir a causar danos imensuráveis a vida das vítimas, e a pena não se mostra proporcional aos impactos causados.

Portanto é notório que ainda falta uma legislação específica que puna corretamente os autores do delito, pois por se tratar de crimes atuais, pode ser que suas condutas ainda não tenham previsão no Código Penal e nesse caso sairiam impunes. Já no que tange as condutas previstas, existem ainda muitas dúvidas, assim como as penas, que são muito brandas em relação ao resultado trazido pelo crime.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho buscou-se demonstrar a fragilidade da intimidade e da vida privada na Era Digital, diante da prática de crimes virtuais que vem se desenvolvendo em razão dos avanços tecnológicos. Fez-se também a análise da Lei nº 12.737/12 (Carolina Dieckmann), que trouxe a tipificação de condutas que até então não eram reconhecidas em lei, mas que ainda possui lacunas que devem ser preenchidas.

Inicialmente conceituou-se os direitos fundamentais previstos no artigo 5º, X, da CF/88, sendo os mesmos considerados direitos invioláveis e que portanto, merecem uma tutela do Estado.

Posteriormente abordou-se sobre a fragilidade da intimidade e da vida privada na Era digital. A sociedade passou por grandes transformações impulsionadas pelos avanços tecnológicos, principalmente com a internet, que alterou as relações sociais, comerciais e de trabalho. Pode-se dizer que as tecnologias surgiram para facilitar e atender as necessidades do mundo contemporâneo, mas por outro

lado aumentaram-se os riscos virtuais e as possibilidades da prática de crimes nesse ambiente. Sucessivamente, tratou-se sobre o conceito de crimes cibernéticos diante a perspectiva de diversos doutrinadores, apresentando seus sujeitos e descrevendo os principais crimes praticados atualmente.

Em seguida, se fez uma análise da Lei Federal nº 12.732/12, denominada ‘Carolina Dieckmann’, em razão de a atriz ter sofrido uma invasão de seus dados pessoais e ter suas intimidades expostas na internet. Não há dúvida que o advento da lei proporcionou um avanço legislativo, visto que tipificou criminalmente delitos informáticos, oferecendo aos usuários uma maior segurança jurídica.

Por fim, apesar do advento da Lei Federal nº 12.737/12, pode-se dizer que ainda não há uma legislação forte e suficiente para punir as condutas ilícitas que ocorrem na internet, sendo necessária que o legislador dê maior atenção a esse fato, aplicando penas proporcionais e mais severas aos invasores, para que o usuário se sinta mais seguro e protegido pelo Direito.

Por se tratar de um tema complexo, que cabe diversos questionamentos, o presente trabalho não busca apresentar uma resposta, e sim promover uma reflexão a cerca da prática desse crime, que vem crescendo absurdamente nos dias de hoje.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, José Laércio. Intimidade, vida privada e direito penal. São Paulo: WVC Editora, 2010.

ARDENGHI, Ricardo Pael. Direito à privacidade e direito ao sigilo. Disponível em :<<https://jus.com.br/artigos/13022/direito-a-privacidade-e-direito-ao-sigilo/1>>. Acesso em : 9 ago. 2018.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 19º ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL número 1445240/ SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, decisão publicada em 22/11/2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/523916700/recurso-especial-resp-1445240-sp-2013-0214154-2/inteiro-teor-523916707?ref=juris-tabs>> Acesso em: 24 out.2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO ESPECIAL número 548048/DF. Relator: Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, decisão publicada em 01/07/2009. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4364858/agreg-no-recurso-extraordinario-re-548048-df/inteiro-teor-101637612?ref=juris-tabs>> Acesso em: 24 out.2018

BRASIL. Tribunal de Justiça. APELAÇÃO número 03723283220098190001/ RJ. Relator: Desembargador Fernando Cerqueira Chagas da Décima Primeira Câmara Cível, decisão publicada em 08/06/2017. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/471981370/apelacao-apl-3723283220098190001-rio-de-janeiro-capital-5-vara-civel/inteiro-teor-471981380?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 24 out.2018

BRASIL. Tribunal Regional Federal. RECURSO CRIMINAL EM SENTIDO ESTRITO número

2009.72.01.002504-0/ SC. Relator: Desembargador Federal Victor Luiz dos Santos Laus, Oitava Turma, decisão publicada em 25/03/2010. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17175892/recurso-em-sentido-estrito-rse-2504-sc-20097201002504-0/inteiro-teor-17175893?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 24 out. 2018.

CANALTECH. Número de ataques cibernéticos no Brasil quase que dobrou em 2018. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/seguranca/numero-de-ataques-ciberneticos-no-brasil-quase-que-dobrou-em-2018-119600/>>. Acesso em: 17 out. 2018.

CARNEIRO, Alfredo. O que é cibercultura? . Disponível em: <<http://www.netmundi.org/home/2017/o-que-e-cibercultura/>> Acesso em: 3 ago. 2018.

CARVALHO, Cesar Arthur C. Competência da Justiça Federal nos Crimes Cibernéticos. Disponível em: <https://www.jfpe.jus.br/noticias/anexos/competencia_da_justica_federal_nos_crimes_ciberneticos.pdf> Acesso em: 22 out.2018

CASTELLS, Manuel. Redes de indignação e esperança – movimentos sociais na era da internet. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2013.

CAVALCANTE, Waldek Fachinelli. Crimes cibernéticos: noções básicas de investigação e ameaças na internet. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj054548.pdf>> . Acesso em : 3 ago. 2018.

COLARES, Rodrigo Guimarães. Cybercrimes: os crimes na era da informática. **In: jus navegandi**, n.59, out.

2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina>>. Acesso em: 2 set. 2018.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 10 ago. 2018.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. 2 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília:1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 27 set. 2018.

GIORA, Milena Faria Derato. Sexting como meio à prática da pornografia infantil cibernética. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17081&revista_caderno=17>. Acesso em 15 out. 2018.

G1. Suspeitos do roubo das fotos de Carolina Dieckmann são descobertos. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2012/05/suspeitos-do-roubo-das-fotos-de-carolina-dieckmann-sao-descobertos.html>>. Acesso em: 16 out. 2018.

JESUS, Damásio De. Direito penal. parte especial: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

JÚNIOR, Paulo José da Costa. O direito de estar só. São Paulo: Revista dos tribunais, 1995.

JUSTIÇADESAIA. Visão Geral sobre a Lei 12.737/12. Disponível em: <<http://www.justicadesaia.com.br/wp-content/uploads/2017/06/Cartilha-Lei-Carolina-Dieckmann.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2018.

_____. Lei Federal nº **8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília:1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 4 out. 2018

_____. Lei Federal nº 12.737, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2012. Tipificação criminal de delitos informáticos – Lei Carolina Dieckmann. Brasília: 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. Lei Federal nº 12.765, de 23 de abril de 2014. Princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil– Marco Civil da Internet. Brasília:2014. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 13 ago. 2018.

_____. Lei Federal nº 13.185, DE 6 DE NOVEMBRO DE 2015. Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática –Bullying. Brasília: 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm>. Acesso em: 15 out. 2018.

LIMA, Simão Prado. Crimes virtuais: uma análise da eficácia da legislação brasileira e o desafio do direito penal na atualidade. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15260&revista_caderno=3> Acesso em: 17 set.2018

LINS, Bernardo Felipe Estellita. A evolução da Internet: uma perspectiva histórica. Disponível em: <http://www.belins.eng.br/ac01/papers/aslegis48_art01_hist_internet.pdf> Acesso em: 25 jul. 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual do direito penal: Parte geral. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MONTEIRO, Silvana Drumond. O ciberespaço: termo, a definição e o conceito. Ciência da informação, [S.L], v.8, n.3, junho. 2017. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2017/7-7.pdf>>. Acesso em: 2 ago. 2018.

MORAES, Alexandre De. Direitos humanos fundamentais. 28 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

OLIVEIRA, Natacha Alves. Crimes praticados pelo sistema de informática: visão prospectiva e sistemática à luz da jurisprudência pátria. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13587>. Acesso em :20 set. 2018.

OLIVEIRA, Vanilda. Para entender a importância do Marco Civil da Internet. Disponível em: <<https://www.cut.org.br/noticias/para-entender-a-importancia-do-marco-civil-da-internet-826b>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito digital. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PORTALEBC. Entenda o Marco Civil da Internet ponto a ponto. Disponível em: <<http://www.etc.com.br/tecnologia/2014/04/entenda-o-marco-civil-da-internet-ponto-a-ponto>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro: volume II, parte especial. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROQUE, Sérgio Marcos. Criminalidade informática: crimes e criminosos do computador. São Paulo: ADPESP Cultural, 2007.

ROSA, Fabrício. Crimes de informática. Campinas: Bookseller, 2002.

SAFERNET. Pornografia da revanche, o que diz a lei?. Disponível em: <<https://new.safernet.org.br/content/pornografia-de-revanche-o-que-diz-lei>>. Acesso em: 15. out. 2018.

SANCHES, Ademir Gasques; ANGELO, Ana Elisa. Insuficiência das leis em relação aos crimes cibernéticos no Brasil. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/66527/insuficiencia-das-leis-em-relacao-aos-crimes-ciberneticos-no-brasil/2>>. Acesso em: 22 out. 2018.

SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: Avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro. Disponível em: <<http://sdl.com.br/uploads/files/2018/06/artigo-marco-civil-internet-1529497697.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2018.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/74288/curso_direito_constitucional_silva_40.ed.pdf> Acesso em: 8 ago. 2018.

SOARES, Samuel Silva Basilio. Os Crimes Contra a honra na perspectiva do ambiente virtual. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18394&revista_caderno=3>. Acesso em: 16 out. 2018.

TASINAFFO, Fernanda. Os principais crimes cibernéticos: pornografia de vingança (revengeporn). Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/crimes-ciberneticos-pornografia-vinganca/>> Acesso em: 9 out. 2018.

TEFFE, Chiara Spadaccini; MORAIS, Maria Celina Bodin. Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil Análise a partir do Marco Civil da Internet. Disponível em <<file:///C:/Users/user/Downloads/6272-23537-1-PB.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2018

TOMASEVICIUS, Eduardo Filho. Marco civil da internet: uma lei sem conteúdo normativo?, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/45471/marco-civil-da-internet-uma-lei-sem-conteudo-normativo>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

UNICEF. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 17 out. 2018.

WU, Tim. Impérios da comunicação. do telefone à Internet, da at&t ao google.: Trad. de C. Carina. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2012.

A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL E A SUA REGULAMENTAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Luíza Teixeira Ricardo²

RESUMO

O presente trabalho aborda uma inovação introduzida pelo Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) referente ao instituto da usucapião, o qual é um modo de aquisição de propriedade. A inovação se trata de um novo procedimento, o extrajudicial, que se difere do judicial, implicando na desjudicialização e consistindo em um procedimento com requisitos próprios e um método específico, mas que tem o mesmo objetivo dos demais procedimentos, que é a satisfação daquele que detém o direito de usucapir determinado bem. Com isso, a abordagem deste tema no referido trabalho, irá mostrar o que significa o instituto da usucapião, suas espécies, origem e também a inserção e aplicação da nova modalidade que é a usucapião extrajudicial.

PALAVRAS-CHAVE: Usucapião; Desjudicialização; Procedimento extrajudicial.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa analisar a regulamentação e aplicação da Usucapião Extrajudicial inserida pelo Novo Código de Processo Civil, a qual é um meio de aquisição e

perda da propriedade. O artigo 1.071 do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) traz a novidade sobre esta modalidade, a qual alterou a Lei 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos) acrescentando o artigo 216-A.

A usucapião extrajudicial, consiste em um procedimento totalmente administrativo, o qual deve haver um interessado para fazer o pedido perante ao Cartório de Registro de Imóveis do local onde o bem se localiza. Além do pedido fundamentado, também é necessária a apresentação de tais documentos como a ata notarial lavrada pelo tabelionato de notas; planta e memorial descritivo; certidões negativas e justo título. Para esse procedimento é indispensável a orientação e assessoria de um advogado competente.

Com esse novo procedimento, entende-se que o legislador quis afastar atribuições que não tenham conflitos (lide) ou que tenham como objeto de discussão o direito disponível pelos interessados da intervenção judiciária, podendo então dizer que este novo procedimento faz parte da desjudicialização.

Por fim, cabe ressaltar que o presente trabalho é constituído de três capítulos, que dissertam sobre temas distintos, mas que abordam de alguma forma o instituto da usucapião. No primeiro capítulo, discute-se sobre a origem, conceito e a regulamentação do meio de aquisição de propriedade, que é a usucapião. Já no segundo capítulo, esse vai tratar das espécies e procedimentos contidos na usucapião, observando seus requisitos e características para se instituírem. No terceiro e último capítulo, analisa-se o tema principal do referido trabalho, o qual é a usucapião extrajudicial, que consiste em um novo procedimento instaurado pelo Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015). Além de conter a regulamentação, o mencionado capítulo irá abordar também a origem, os requisitos necessários para se instaurar e como é o procedimento cartorário para constituir a usucapião.

² Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da Universidade de Itaúna-MG.

2 ASPECTOS GERAIS E HISTÓRICOS DA USUCAPIÃO

Este capítulo inicial dedica-se à caracterização do instituto da usucapião. Contendo a análise dos pontos mais elementares desse instituto, como sua origem e conceituação e aos que sejam mais relevantes na determinação do procedimento e do reconhecimento de usucapião, como no caso dos seus fundamentos e requisitos necessários para sua efetivação.

2.1 Conceito de usucapião

A usucapião, palavra do gênero feminino, a qual foi introduzido pela lei n 6.969 de 10 de dezembro de 1981 e pelo Código Civil de 2002, vem do latim *usucapio* e se trata de um modo originário de aquisição de propriedade, também chamada de prescrição aquisitiva pelo autor Carlos Roberto Gonçalves, que define essa como “modo originário de aquisição da propriedade e de outros direitos reais suscetíveis de exercício continuado pela posse prolongada notempo, acompanhada de certos requisitos exigidos pela lei.”³

Essa forma de aquisição de propriedade pode ser aplicada em bens móveis, bens imóveis e até mesmo em servidões e usufrutos.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: Direito das coisas, Vol5. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 273.

2.2 Origem da usucapião

A usucapião teve sua origem na Lei das Doze Tábuas, criada no ano 455 a. C., onde se consagrou como modalidade de aquisição da propriedade de bens móveis e imóveis, mas este instituto somente poderia ser usado por cidadão romano. A lei das Doze Tábuas regulamentava os prazos para instaurar a usucapião, o qual era de dois anos para bens imóveis e um ano para bens móveis e outros direitos. Com a evolução desse instituto era necessário o requisito de boa-fé e justo título acompanhados da posse para assim então usucapir.⁴

A finalidade da usucapião era convalidar vícios de legitimidade, fazendo com que o adquirente obtivesse a propriedade após transcorrido o prazo necessário para usucapir, ficando tranquilo e sem incomodo com relação ao negócio.

Com o decorrer do tempo foram criadas outras normas para regulamentar e ajustar a usucapião, visando corrigir as falhas que o instituto apresentava, como por exemplo a Lex Atnia que vedou a usucapião para coisas furtadas ou receptadas por ladrões, as leis Julia e Plautia proibiu usucapião de coisas obtidas por atos violentos e a *Lex Scribonia* que vedou a usucapião nas servidões prediais.⁵

⁴ JUS BRASIL. Usucapião: conceito, natureza jurídica e origem histórica. Disponível em: <<https://anaoliboni.jusbrasil.com.br/artigos/188247389/usucapiao-conceito-natureza-juridica-e-origem-historica>>. Acesso em: 06 jun. 2018, p. 01.

⁵ JUS.COM.BR. A origem e evolução histórica da usucapião. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33970/a-origem-e-evolucao-historica-do-usucapiao>>. Acesso em: 06 jun. 2018, p. 01.

O possuidor peregrino e os imóveis provinciais não tinham acessos ao instituto da usucapião, esses passaram a ter direito a uma espécie de prescrição, a qual era uma exceção, que era uma instituição paralela a usucapião e obtinham prazos de dez anos para bens móveis e vinte anos para bens imóveis para a respectiva prescrição, sendo prazos adversos da usucapião.

A partir de 528 d. C, o imperador Justiniano extinguiu as diferenças e fundiu *ausucapio* (usucapião) com a *praescriptiolongistemporis* (prescrição de longo tempo) tornando-as em um único instituto, pois ele acreditava que a aquisição de propriedade por meio do decurso do tempo era uma forma de prescrição, passando então a haver prescrição aquisitiva, que visa obter a propriedade e o título, e a prescrição extintiva, que tem finalidade de extinguir todas as ações. Com isso, foi concedido ao possuidor peregrino o direito de adquirir a propriedade através do decurso do tempo com o instituto da usucapião.⁶

Com o passar do tempo, esse instituto advindo do Direito Romano teve reflexo no Direito Brasileiro, o qual foi inicialmente introduzido pela Constituição Federal de 1934, mas que tem regulamentação na Constituição Federal de 1988, que é a atual no Brasil e que traz duas espécies de usucapião, sendo a urbana e a rural. Também, em se tratando de Direito Brasileiro, a aquisição de propriedade por decurso de tempo está regulamentada no Direito Civil Brasileiro de 2002, trazendo esse algumas espécies para ser instaurado o referido instituto. Atualmente, o Novo Código de Processo Civil de 2015, regulamenta uma nova espécie desse instituto, que é a usucapião extraordinária.⁷

⁶ Id. Ibid.

⁷ JUS BRASIL. Usucapião: conceito, natureza jurídica e origem histórica. Disponível em:

2.3 Fundamentação da usucapião

Quanto aos fundamentos jurídicos da usucapião, ressalta-se o que diz o autor Carlos Roberto Gonçalves:

O fundamento da usucapião está assentado, assim, no princípio da utilidade social, na conveniência de se dar segurança e estabilidade à propriedade, bem como de se consolidar as aquisições e facilitar a prova do domínio. Tal instituto, segundo consagrada doutrina, repousa na paz social e estabelece a firmeza da propriedade, libertando-a de reivindicações inesperadas, corta pela raiz um grande número de pleitos, planta a paz e a tranquilidade na vida social: tem a aprovação dos séculos e o consenso unânime dos povos antigos e modernos.⁸

Doutrinariamente, são admitidas duas ordens de fundamento para usucapião: subjetiva e objetiva. Quanto ao aspecto subjetivo, a perda da propriedade por usucapião é justificada pela renúncia presumida do titular do direito real em favor do possuidor, sendo o proprietário da coisa omissivo ou negligente em relação a coisa, pelo tempo necessário para configurar a usucapião, previsto na lei. Já em relação ao aspecto objetivo, considerado interesse

<<https://anaoliboni.jusbrasil.com.br/artigos/188247389/usucapiao-conceito-natureza-juridica-e-origem-historica>> Acesso em: 06 jun. 2018, p. 01.

⁸ GOMES *apud* GONÇALVES & PEREIRA *apud* GONÇALVES. GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: Direito das coisas, Vol5. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 275.

pessoal, a usucapião garante a estabilidade dos direitos reais, pois a posse pacífica durante o tempo necessário, previsto em lei, para configurá-la, acaba com todos os vícios do título e até prescinde os mesmos, fazendo com que gere um domínio por modo próprio e autônomo trazendo uma tranquilidade para os proprietários, suas famílias e até mesmo para a sociedade. Com isso, considera-se que a usucapião contribui para a paz social e para o progresso, estimulando a posse e o uso das coisas.

2.4 Requisitos para ser feito a usucapião

Para se instaurar a usucapião é necessário que haja alguns requisitos, sendo estes imprescindíveis para a configuração do respectivo instituto. Estes requisitos podem ser divididos em: pessoais, reais e formais.

Os requisitos pessoais, dizem respeito à legitimidade do interessado, conforme descrito no artigo 1.244 do Código Civil, que traz restrições, impedindo certas pessoas de usucapir determinados bens. Como exemplo desta situação, podemos citar a usucapião feita por ascendente e descendentes durante o poder familiar, entre tutor e tutelado ou curador e curatelado durante essas circunstâncias.

Quanto aos requisitos reais, referem-se a coisa hábil ou suscetível de usucapião, ou seja, referem-se aos bens que podem ser usucapidos. Neste caso, há bens que não cabem usucapião que são: ar, luz solar, os bens públicos.

Já em relação aos requisitos formais, estes dizem respeito aos fatores necessários e comuns da usucapião, no caso a posse, o lapso, a sentença judicial e também o justo título e a boa-fé. Com relação a posse, para configurar a usucapião, esta não pode ser qualquer uma, deve-se observar os artigos 1.238 e 1.242 do Código Civil que exige algumas características necessárias para a posse da

usucapião, a qual deve conter o *animus domini* (ânimo do dono) que é a intenção do possuidor de ser dono da coisa, ter ela para si. A posse deve ser mansa e pacífica, ou seja, sem oposição do proprietário, ressaltando que a sua defesa em juízo contra terceiros não retira esta característica, desde que haja *animus domini*. A posse deverá ser justa, sem vícios de violência, clandestinidade ou precariedade, conforme dispõe o art. 1.200 do Código Civil, caso ocorra usando estes meios a posse não será configurada. Por fim, a posse deverá ser contínua, sem interrupção, não sendo possível a posse em intervalos. Em relação ao lapso, os prazos para se consumir a usucapião estão previstos em lei e esses são contados em dias e não por horas. Quanto ao justo título e a boa-fé, são requisitos suplementares. O justo título diz respeito ao título ou ato translativo justo, mesmo que tenha algum tipo de vício ou irregularidade, desde que este vício não cause nulidade. Já em relação à boa-fé, essa se refere ao conhecimento que o possuidor não tem de que a coisa é viciada, devendo ela existir do início até o fim do prazo prescricional aquisitivo.⁹

Já em relação aos requisitos referentes a coisa hábil ou suscetível de usucapião, a posse e o decurso do tempo são requisitos necessários para todas as espécies de usucapião e em relação ao justo título e a boa-fé, esses são requisitos somente da espécie usucapião ordinário.

3 ESPÉCIES DA USUCAPIÃO

A usucapião pode ser compreendida como um modo de aquisição de propriedade que se dá pela posse prolongada da coisa durante um certo período. Com base nisso, é possível observar que a usucapião pode se dar de

⁹ GONÇALVES, op. cit. p. 1019.

várias formas, ou seja, são admitidas nesse instituto várias espécies, as quais se diferem somente em relação aos requisitos que cada uma necessita para ser considerada válida e obter efeitos.

A legislação brasileira prevê as seguintes espécies de usucapião: usucapião extraordinária, usucapião ordinária, usucapião especial rural, usucapião especial urbana individual, usucapião especial urbana coletiva, usucapião especial urbana familiar e usucapião indígena. Também é necessário observar que a legislação prevê dois procedimentos para que se efetive o direito à usucapião, quais sejam: o judicial (o judiciário é provocado para que declare o direito que a parte detém, desde que os requisitos necessários estejam preenchidos) e o extrajudicial (o requerente vai ao Cartório de Registro de Imóveis e requer a usucapião, que será efetuada se preenchidos os requisitos legais, sendo um procedimento totalmente administrativo e “desjudicializado”).

Contudo, neste capítulo iremos abordar as espécies contidas no referido instituto da usucapião e os procedimentos utilizados para que o detentor do direito de usucapir possa assim satisfazer-se o seu direito.

3.1 Usucapião Extraordinária

A usucapião extraordinária é uma espécie de usucapião que para se validar é necessário obter alguns requisitos, os quais estão dispostos no artigo 1.238 do Código Civil vigente, trazendo dois prazos distintos para usucapir, conforme o disposto em seu *caput* e parágrafo único:

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que

assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Os requisitos citados no aludido artigo são: a posse de quinze anos do imóvel citada no *caput*, mas que pode ser reduzida a dez anos, conforme cita o parágrafo único, se no caso o possuidor tiver estabelecido no imóvel sua moradia habitual ou tiver realizado obras e serviços de caráter produtivo; a posse deve ser contínua, mansa e pacífica e deve ser exercida com o ânimo de dono, sendo dispensados na referida espécie os requisitos de justo título e da boa-fé. Ressalta-se que o presente artigo se refere à usucapião extraordinária de bens imóveis, o que não caracteriza ser dispensado para bens móveis.

Essa espécie de usucapião pode ser aplicada aos bens imóveis, como já mencionado anteriormente, mas também pode ser aplicada aos bens móveis. Nesse sentido, vejamos o teor do artigo 1.261 do Código Civil vigente:

Art. 1.261. Se a posse da coisa móvel se prolongar por cinco anos, produzirá usucapião, independentemente de título ou boa-fé.

Na hipótese em comento, com relação a usucapião extraordinária em bens móveis, os requisitos necessários para que a usucapião se efetive são: a posse contínua e incontestada da coisa por cinco anos, não sendo necessário e podendo ser dispensados os requisitos de justo título e boa-fé.

3.2 Usucapião Ordinária

A usucapião ordinária está regulamentada no artigo 1.242 do Código Civil vigente, o qual dispõe:

Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

No aludido modo de usucapião contém dois prazos distintos para usucapir, tendo cada um deles requisitos necessários para que assim seja configurada a usucapião. O prazo de dez anos necessita que a posse seja exercida com ânimo do dono, de forma contínua, mansa, pacífica, incontestada, de justo título e boa-fé no imóvel durante esses dez anos, caso o imóvel seja adquirido de forma onerosa, registrado em cartório respectivo e logo após cancelado seu registro, se os possuidores tiverem constituído moradia no imóvel ou feito investimento social e econômico, o prazo de dez anos para a constituição da mencionada modalidade de usucapião será reduzido para cinco anos, sendo esse o segundo prazo contido na referida espécie, mas com requisitos distintos conforme citado no parágrafo único do artigo supracitado.

Essa modalidade de usucapião ordinária se difere da usucapião extraordinária, pois na primeira, para que seja constituída, é necessário que contenha dois requisitos obrigatórios que são: o justo título e a boa-fé. Já na

segunda espécie, esses requisitos essenciais para a primeira podem ser dispensados, não tendo a obrigatoriedade de contê-los. Diferem também em relação ao período de tempo necessário para requerer o direito de usucapir, tendo as duas espécies dois prazos distintos cada uma.

A usucapião ordinária pode ser feita em bens imóveis conforme citado acima e também é possível que seja efetuada em bens móveis, segundo o artigo 1.260 do Código Civil vigente que preceitua: “Aquele que possuir coisa móvel como sua, contínua e incontestadamente durante três anos, com justo título e boa-fé, adquirir-lhe-á a propriedade”. No caso, o possuidor também deverá ter a posse da coisa móvel com ânimo do dono, sendo ela mansa, pacífica e contínua durante o prazo de três anos, e como requisito obrigatório e necessário, deve haver o justo título e a boa-fé na posse desse bem móvel. Obtendo esses requisitos necessários, o direito de usucapir da coisa móvel será configurado e o possuidor poderá requerê-lo, seja de forma judicial ou administrativa.

3.3 Usucapião Especial Rural

A usucapião especial rural, também chamada de *pro labore*, está regulamentada no artigo 1.239 do Código Civil de 2002 que dispõe:

Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra e zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á propriedade.

Ocorre que a modalidade em comento também está regulamentada no artigo 191 da Constituição Federal de

1988, cujo o teor é o mesmo do texto legal contido no artigo 1.239, do Código Civil de 2002, podendo-se afirmar que o referido artigo se derivou do artigo regulamentado na Constituição Federal, o qual dispõe:

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Diante o exposto, observa-se que a espécie supra referida além de conter os requisitos formais comuns, contidos em todas as espécies, também contém alguns requisitos próprios para que seja efetuada, devendo o usucapiente possuir o imóvel durante o lapso de cinco anos ininterruptos e de boa-fé, não sendo proprietário de nenhum outro imóvel rural ou urbano e este imóvel a ser usucapido deve ter área de até 50 (cinquenta) hectares, sendo imprescindível que a área seja produtiva pelo o trabalho do interessado ou de sua família e também deve ter a finalidade de moradia.

3.4 Usucapião Especial Urbana Individual

A usucapião especial urbana individual, foi introduzida pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 183, que diz:

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos,

ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Também está regulamentada no artigo 1.240 do Código Civil de 2002 e na lei 10.257 de 2001, no seu artigo 9º, os quais dispõem do mesmo texto legal apresentado na Constituição Federal, conforme o exposto:

Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez

Art. 9º Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel

urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

Sendo assim, é possível observar, conforme regulamentado nos dispositivos legais apresentados, que a presente espécie para ser configurada deve preencher, além dos requisitos comuns formais contidos em todas as espécies de usucapião, também requisitos próprios, que consistem no lapso de 5 (cinco) anos ininterruptos da posse, ter o imóvel a área de no máximo 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) para ser usucapida, não podendo o usucapiente ser proprietário de outro imóvel rural ou urbano para exercer o seu direito à usucapião da aludida modalidade e ele deve utilizar o imóvel para fins de sua moradia ou de sua família. Ressalta-se que a referida espécie é semelhante à espécie de usucapião especial rural já apresentada, divergindo apenas em alguns aspectos referentes aos requisitos próprios de cada espécie. Também diverge das demais espécies, por conter requisitos próprios, obtendo semelhança somente quanto aos requisitos formais comuns.

3.5 Usucapião Especial Urbana Coletiva

A usucapião especial urbana coletiva está prevista no Estatuto da Cidade, Lei 10.257 de 2001, que introduziu essa espécie em seu artigo 10, cujo o teor é o seguinte:

Art. 10. Os núcleos urbanos informais existentes sem oposição há mais de cinco anos e cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados por possuidor são suscetíveis de serem usucapidos coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

§ 2º A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis.

§ 3º Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas.

§ 4º O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio.

§ 5º As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes.

Convém destacar, que a mencionada modalidade tem requisitos próprios para ser configurada, como o prazo de 5 (cinco) anos ininterruptos, a área deve maior de 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), os usucapientes não podem ser proprietários de outros imóveis rurais ou urbanos e a ocupação do terreno deve ocorrer por população de baixa renda, com a finalidade de moradia.

A usucapião coletiva visou regularizar as áreas de favelas ou de aglomerados residenciais sem condições de legalização do domínio. Ressalta-se que se a espécie alegada for efetivada, por consequência, ocorrerá a constituição de um condomínio necessário entre os usucapientes, onde cada um obterá sua fração ideal.

Desse modo, cumpre observar, que quanto à legitimidade para propor a usucapião coletiva, é admitida a associação de moradores propor esta modalidade, desde que autorizado por seus representados, conforme disposto na lei 10.257/01, artigo 12, inciso III.

3.6 Usucapião Especial Urbana Familiar

A usucapião urbana familiar visa proteger o companheiro ou cônjuge que, após separação, permanece no imóvel, seja com ou sem familiares.¹⁰A aludida modalidade foi introduzida pela Lei 12.424, de 16 de junho de 2011, a qual criou a espécie de usucapião

familiar, também chamada de pró-moradia e a inseriu no Código Civil de 2002, em seu artigo 1240-A, que dispõe:

Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Desse modo, ressalta-se que para ser configurada a usucapião familiar é necessário que sejam cumpridos alguns requisitos especiais alusivos a essa modalidade, isto é, o cônjuge que reside no imóvel precisa ter a posse direta, ininterrupta e exclusiva durante o prazo de 2 (dois) anos, ele também não pode ser proprietário de nenhum outro imóvel e o imóvel a ser usucapido não pode conter área superior a 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e , ainda, o abandono efetivo do lar deve ocorrer de forma espontânea, não podendo o cônjuge abandonado expulsar o ex-cônjuge.

O legislador ao regulamentar a espécie mencionada, objetivou-se em proteger o cônjuge abandonado, uma vez que, ao sofrer com o abandono do lar, tem como consequências a insegurança social e dificuldades financeiras. Sendo assim, a usucapião familiar é considerada uma forma assecuratória e protetiva do cônjuge abandonado, pois lhe concede a integralização do imóvel e do seu domínio para diminuir as consequências sofridas com o abandono, visto que o referido cônjuge permanece no lar.

3.7 Usucapião Indígena

A usucapião indígena está prevista no Estatuto do Índio, Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973, que presume em seu artigo 33 *caput* a aludida modalidade, o qual dispõe: “O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena”.

Observa-se que, nesse caso, para haver a configuração da usucapião, o índio integrado ou não na civilização terá que deter a posse da terra no prazo de 10 (dez) anos consecutivos e ininterruptos, sendo que o trecho de terra deve ser inferior a cinquenta hectares.

Ressalta-se que a terra a ser usucapida só poderá ser rural e particular, pois não há o que se falar na usucapião de bens públicos, consoante o artigo 191, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988 e também com fulcro no parágrafo único, do artigo 33, da Lei 6.001/73, os quais dispõem respectivamente:

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Art. 33. O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às terras do domínio da União, ocupadas por grupos tribais, às áreas reservadas de que trata esta Lei, nem às terras de propriedade coletiva de grupo tribal.

3.8 Usucapião Judicial

A usucapião judicial se trata de uma modalidade de procedimento que tem como finalidade efetuar o direito a usucapir, de forma judicial da coisa móvel ou imóvel, isto é, é um meio através do qual é permitido ao possuidor que cumpriu os requisitos da sua modalidade ver seu direito real de propriedade declarado.

A forma judicial requer a propositura de uma ação de usucapião, que é uma ação declaratória, a qual irá declarar o possuidor atual do imóvel como proprietário do mesmo. A ação é proposta por seu atual possuidor, devendo ele juntar na petição inicial a planta da área a ser discutida e a sentença proferida na ação deverá ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis, mediante mandado.

Diante do que foi exposto, observa-se que o referido procedimento está regulamentado no Código Civil de 2002, em seu artigo 1.241, que dispõe:

Art. 1.241. Poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade imóvel.

Parágrafo único. A declaração obtida na forma deste artigo constituirá título hábil para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

3.9 Usucapião Extrajudicial

A usucapião extrajudicial é um outro meio procedimental de se efetuar o direito de obter a propriedade por meio do instituto da usucapião. O respectivo procedimento é cabível para bens imóveis urbanos ou rurais, e será realizado no Cartório de Registro de Imóveis da comarca onde o bem estiver localizado.

Para requerer a configuração do direito à usucapião de forma extrajudicial, deverá o interessado fazer um pedido fundamentado ao Cartório de Registro de Imóveis junto com alguns documentos, tais como: a ata notarial lavrada pelo tabelião com o tempo de posse e seus antecessores; a planta e memorial descritivo assinados por profissional habilitado; certidões negativas dos distribuidores do local do imóvel e domicílio do interessado; justo título ou algum documento que comprove a existência ou aquisição da posse do bem. Juntando toda a documentação e fazendo o pedido caberá ao cartório decidir, com base nos documentos apresentados sobre o deferimento ou não do pedido. Caso o interessado tenha o pedido negado, na forma administrativa, o Novo Código de Processo Civil de 2015, ao introduzir o artigo 216-A na Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), no aludido artigo, em seus parágrafos 8º e 9º, admite a conversão do procedimento administrativo para o procedimento judicial, sendo assegurado ao usucapiente o seu direito para instaurar uma ação de usucapião e reverter sua situação de mero possuidor a proprietário.

A usucapião extrajudicial tem uma grande vantagem em relação ao custo e tempo, pois havendo toda documentação correta, o interessado pagará uma única taxa ao cartório para o reconhecimento da sua posse e propriedade, o que difere da usucapião judicial, que demora um longo prazo para efetivar o direito, podendo ter um custo maior.

Cumpramos ressaltar que o mencionado procedimento administrativo já era regulamentado no artigo 60 da Lei 11.977/09, Lei do Programa “Minha Casa, Minha Vida”, mas com o Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), esse procedimento foi generalizado e o instituto da usucapião foi ampliado e, ainda, o Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 1.071, acrescentou o artigo 216-A na Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), que regula o procedimento da usucapião, quando requerido perante o oficial de registro de imóveis.

4 A REGULAMENTAÇÃO DA USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Após a apresentação do instituto da usucapião, de sua origem e espécies durante boa parte deste trabalho, chegamos ao terceiro e último capítulo, que tem como finalidade abordar o tema principal do trabalho: a Usucapião Extrajudicial regulamentada pelo novo Código de Processo Civil de 2015.

A referida forma procedimental de usucapir é um meio de “desjudicialização”, ou seja, significa dizer, conforme dispõe Diógenes Ribeiro, que é a possibilidade da resolução de um conflito de interesse sem a prestação jurisdicional, o que consiste num meio eficaz, feito e obtido de forma cartorária, não tendo assim que se falar na forma judicial.

Dessa forma, cumpre ressaltar que o presente capítulo irá discutir a origem do instituto supracitado e a sua regulamentação no direito brasileiro, abordando os requisitos necessários para sua constituição. Uma vez abordados todos os requisitos iremos tratar também do procedimento para se contemplar a Usucapião Extrajudicial, ou seja, o meio como será executada e obtida a usucapião pelo procedimento extrajudicial, que

visa dar efetiva constituição ao instituto exposto e ao principal interessado, o usucapiente.

4.1 Origem e regulamentação do instituto no direito brasileiro

Como regra geral para se usucapir o procedimento aplicado às demais espécies da usucapião era o judicial, em que o usucapiente, contando com todos os requisitos da espécie de usucapião desejada, ajuizada uma Ação de Usucapião e cabia ao magistrado decidir a pretensão. Entretanto, como forma de exceção para essa regra geral, surgiu a usucapião administrativa com a Lei 11.977/2009, que posteriormente foi modificada e revogada pela Lei 12.424/2011 e pela Lei 13.465/2017. Porém, essa modificação tratava sobre a regularização fundiária que tinha como objetivo a formalização de uma parte do solo brasileiro, que estava irregular, sendo essa formalização, para ser constituída, dividida na regularização pelo interesse social, que era constituído da população de baixa renda interessada ou pelo interesse específico para os demais casos.

Com a implantação da usucapião administrativa houve um certo avanço da “desjudicialização”, isto é, atribuiu-se mais uma função a ser exercida pelo Registro Imobiliário, mas que ainda era exercida com limites, sendo a referida modalidade aplicada somente nos casos de usucapião especial urbana com interesse social ou interesse específico, disposto anteriormente.

Após a criação da usucapião administrativa houve uma grande evolução, que originou então o procedimento extrajudicial. A usucapião extrajudicial surgiu com a Lei 13.105, de 16 de março de 2015, o Novo Código de Processo Civil, o qual regulamentou em seu artigo 1.071 a implantação do reconhecimento extrajudicial de usucapião

na Lei de Registros Públicos, Lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973, acrescentando o artigo 216-A.

Essa inovação, presente no artigo 216-A da Lei de Registros Públicos, necessita de alguns requisitos apresentados no aludido artigo, para que seja assim constituído e aplicado. Cumpre ressaltar que, diferentemente da usucapião administrativa anteriormente vigente, o procedimento atual da usucapião extrajudicial pode ser aplicado de forma ampla nas diferentes espécies constantes do instituto da usucapião no direito brasileiro.

Além disso, há mais uma regulamentação do referido instituto, isto é, no dia 14 de dezembro de 2017, o Conselho Nacional de Justiça editou o provimento nº 65/2017, sendo um de seus últimos atos administrativos do ano, que visou regulamentar a Usucapião Extrajudicial, no âmbito das funções extrajudiciais.

4.2 Requisitos necessários

Os requisitos necessários para a configuração do procedimento extrajudicial de usucapião estão contidos no artigo 216-A da Lei de Registros Públicos (6.015/73) que foi um advento originário do Novo Código de Processo Civil de 2015, conforme já exposto anteriormente. Esse artigo é responsável por demonstrar todos os requisitos necessários para a constituição da usucapião de forma extrajudicial e todo o seu procedimento, afastando, assim, a extinta usucapião administrativa e o seu procedimento.

Os primeiros requisitos a serem observados por aqueles que desejam instaurar a usucapião extrajudicial se encontram no *caput* do artigo 216-A da Lei de Registros Públicos, que dispõe:

Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de

usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com (...)

Como se vê, o *caput* do referido artigo aponta o local em que a usucapião será processada, que é perante o cartório de registro de imóveis da comarca onde o imóvel está situado. Deverá também conter como requisito o requerimento da parte, que tenha legitimidade ativa para requerer tal feito, perante o Oficial de Registro de Imóveis, não sendo esse requerimento, conforme explica Isadora Braga, simples, pois deverá ser exposto e especial, consubstanciado em um instrumento público ou particular, com firma reconhecida, conforme preceitua o art. 221, II, da própria Lei de Registros Públicos; não havendo a necessidade de conter a solenidade da petição inicial, contendo apenas a causa de pedir e o pedido. E como último requisito contido inicialmente no *caput* do aludido artigo, podemos citar a imprescindibilidade da parte legítima ser representada por um advogado para exercer tal ato jurídico administrativo.

Ainda, no artigo já mencionado saindo dos requisitos contidos no *caput*, há também os requisitos contidos nos incisos, que consistem em documentos que devem ser juntados ao requerimento, podendo ser classificados como: ata notarial, planta e memorial descritivo, certidões negativas e o justo título.

Inicialmente vamos tratar do inciso I do artigo 216-A, da Lei de Registros Públicos que dispõe sobre a Ata Notarial, que nada mais é que um meio de prova para a usucapião extrajudicial, sendo um instrumento público em que os Tabeliões se utilizam para compreender e atestar atos e fatos. Nesse sentido, para Leonardo Brandelli:

A ata notarial é o instrumento público mediante o qual o notário capta, por seus sentidos, uma determinada situação, um determinado fato, e o translada para seus livros de notas ou para outro documento. É a apreensão de um ato ou fato, pelo notário, e a transcrição dessa percepção em documento próprio.

Dessa perspectiva, a ata notarial mostra-se como uma prova documental para o procedimento da usucapião extrajudicial. Assim, ela é precisa para a constatação dos fatos e atos interpretados e assistidos pelo notário, não sendo necessariamente obrigatória.

O segundo requisito que consta no inciso II do referido artigo, trata da planta e do memorial descritivo, os quais deverão ser assinados por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional e pelos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes.

Nesse sentido, a planta consiste em uma representação geométrica do imóvel que conterá todas as informações sobre a área e as divisões do mesmo. Por outro lado, no que diz respeito ao memorial descritivo, trata-se de um documento que contém especificadamente a estrutura do imóvel e tudo nele contido.

O terceiro requisito expresso no inciso III, do artigo supracitado, trata das certidões negativas, as quais visam verificar se há alguma ação que venha a impedir o reconhecimento da usucapião extrajudicial ou algo que interrompa o prazo prescricional, ou seja, é a demonstração de que não há nenhum óbice que atrapalhe a constituição ou certificação do procedimento extrajudicial, assegurando, assim, que as ações pessoais não afetem o reconhecimento de tal direito.

O justo título é o último requisito presente no artigo 216-A, em seu inciso IV, da Lei de Registros Públicos. O referido inciso dispõe que o interessado deve juntar ao requerimento o justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel. Esse requisito não é obrigatório, visto que há algumas modalidades de usucapião que dispensam o justo título, situação na qual deverão ser providenciados os documentos que comprovem os requisitos de origem, continuidade, natureza e prazo de posse de cada espécie.

Contudo, juntando todos os documentos necessários ao requerimento, e a fim de realizar de forma legal tal procedimento, na presença de um advogado e pelo interessado legítimo, conforme dispõe o referido artigo 216-A, da Lei de Registros Públicos, conclui-se que o interessado estará apto a dar entrada no Cartório de Registro de Imóveis da sua respectiva comarca, dando início ao procedimento da usucapião extrajudicial, que é o que vamos tratar no próximo subtítulo.

4.3 Procedimento extrajudicial de usucapião

O procedimento da usucapião extrajudicial está também contido no artigo 216-A da Lei de Registros Públicos, dessa vez em seus parágrafos, que foram introduzidos pelo artigo 1.071, do Novo Código de Processo Civil de 2015. Os referidos parágrafos deverão ser observados estritamente pelo registrador e requerente.

Inicialmente, o procedimento começa com a prenotação, consistente na anotação prévia e provisória no protocolo, feita por oficial de registro público de um título apresentado para registro. Segundo o artigo 188, da Lei de Registros Públicos (6.015/73), a prenotação tem o prazo de 30 dias. Após ocorrer a prenotação, o processo

administrativo da usucapião extrajudicial terá a prioridade no registro, contudo, se a prenotação for cancelada, ela não poderá ser utilizada devendo o título ser novamente prenotado. Já em relação à prenotação na usucapião extrajudicial, o parágrafo primeiro, do artigo 216-A da Lei de Registros Públicos, dispõe que: § 1º O pedido será autuado pelo registrador, prorrogando-se o prazo da prenotação até o acolhimento ou a rejeição do pedido.

Considerando o que foi disposto, o prazo de 30 dias da prenotação será prorrogado até que o pedido, isto é, o requerimento para se instaurar a usucapião extrajudicial seja aceito ou negado. Ressalta-se que essa aceitação ou rejeição do pedido não se trata da verificação do pedido principal, mas sim de uma análise perfunctória, ou seja, se há algum vício na documentação que instrui o pedido, o que poderá acarretar numa análise negativa.

Desse modo, após ter protocolado o pedido junto aos documentos necessários é cabível ao registrador que faça uma autuação do processo, que se trata da realização de um termo de abertura, a numeração e a rubrica das folhas, devendo tudo isso ser constado e certificado no processo. Realizada essa autuação, o registrador irá para a fase de qualificação registral, que tem como finalidade a análise dos documentos apresentados junto ao pedido.

É na qualificação registral que o Oficial do Registro de Imóveis irá analisar se há todos os documentos necessários, os requisitos de admissibilidade, se a parte que requer tem a legitimidade necessária, se contém os princípios registrares, se contém os requisitos formais, além de se verificar se há provas indispensáveis que caracterizam a espécie de usucapião requerida. Nesse momento o registrador exerce a função de Juiz Extrajudicial, o qual formará sua decisão após uma análise de todos os requisitos presentes para a instauração de tal procedimento, não tendo o que falar em responsabilidade pela sua decisão de deferir ou indeferir tal instituto,

conforme rege o artigo 28, da Lei de Notários e Registradores (Lei 8.935/94), que dispõe:

Art. 28 Os notários e oficiais de registro gozam de independência no exercício de suas atribuições, têm direito à percepção dos emolumentos integrais pelos atos praticados na serventia e só perderão a delegação nas hipóteses previstas em lei.

Dessa forma, caso o registrador não consiga chegar a uma decisão e acreditar ser necessária a realização de mais provas, para que assim seja prolatada uma decisão a favor ou em desfavor do requerente, ele poderá requerê-las, bem como solicitar ou realizar diligências. As referidas diligências consistem em provas documentais, sendo cabível também ao registrador a solicitação de qualquer prova admitida no direito brasileiro, desde que sejam realmente necessárias para formar sua convicção ou sem as quais ele não chegaria a uma decisão.

Por outro lado, caso o registrador tenha uma necessidade de produzir determinada prova, mas não tenha poder para requerer tal ato, se o requerente tiver perdido o prazo fixado para a produção de novas provas e, caso houver feito as diligências, mas elas não estiverem em conformidade com o pedido, é admitido ao registrador que indefira o pedido, de forma motivada, elaborando uma nota devolutiva ao requerente (parágrafos sétimo e oitavo, artigo 216-A, da Lei de Registros Públicos) por considerar que não há provas necessárias para configurar o instituto procedimental da usucapião extrajudicial. Quanto à decisão de indeferimento do processo administrativo, não há o que se falar em recurso, cabendo somente suscitação de dúvidas ao juízo competente.

Entretanto, havendo o deferimento do pedido, o Oficial irá notificar, por meio do correio ou AR, os titulares de direitos registrados na matrícula do imóvel a

ser usucapido, os titulares dos imóveis confrontantes e o possuidor de boa-fé, ou seja, os legitimados passivos, para que dentro do prazo de 15 dias, a contar do recebimento da notificação, possam declarar sua concordância ou discordância sobre o pedido da constituição de usucapião no determinado imóvel. Transcorrido o prazo de 15 dias, e havendo silêncio dos notificados, presume-se a concordância dos mesmos quanto ao pedido, conforme dispõe o parágrafo segundo do artigo 216-A da Lei de Registros Públicos:

§ 2º Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou na matrícula dos imóveis confinantes, o titular será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar consentimento expresso em quinze dias, interpretado o silêncio como concordância.

Além de notificar os legitimados passivos já citados, também deverá o Oficial notificar, por meio do correio com AR, a União, o Estado, Distrito Federal e o Município, para que em 15 dias demonstrem interesse processual, pois não há que se falar no instituto da usucapião em área pública. O silêncio dos entes públicos configura desinteresse processual. Todas essas disposições estão previstas no parágrafo terceiro do artigo 216-A da Lei de Registros Públicos, como se vê:

§ 3º O oficial de registro de imóveis dará ciência à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, pessoalmente, por intermédio do oficial de registro de títulos e documentos, ou pelo correio com aviso de recebimento, para que se manifestem,

em 15 (quinze) dias, sobre o pedido.

Diante do apresentado, conforme parágrafo quarto, ainda do mencionado artigo 216-A, o Oficial deverá publicar um edital em jornal de grande circulação, se houver, para que terceiros que venham a ter algum direito afetado com o deferimento do pedido, possam ter reconhecimento do mesmo e apresentem suas impugnações ao presente pedido. As impugnações devem ser apresentadas durante o prazo de 15 dias, a contar da abertura do edital. Decorrido o prazo, e não havendo nenhuma impugnação, presume-se que houve anuência de todos os legitimados e o processo seguirá seu rito. Todavia, caso haja alguma impugnação, o Oficial irá encerrar o procedimento extrajudicial de usucapião, remetendo os autos ao juízo competente, conforme dispõe o parágrafo décimo, do artigo 216-A, da Lei de Registros Públicos.

Por fim, terminado o prazo de 15 dias do parágrafo quarto e não havendo mais nenhuma diligência para ser realizada, conforme consta no parágrafo quinto, ambos do artigo 216-A da Lei de Registros Públicos, o registrador, ao constatar que a documentação necessária está em ordem, os requisitos legais, formais e até especiais referentes à caracterização de cada espécie de usucapião estão presentes e que também há a devida anuência e concordância dos titulares constados na matrícula e também dos confrontantes, formará sua convicção após a apresentação de todo o conteúdo mencionado, e, em sendo sua decisão positiva, irá realizar o registro do imóvel por meio da usucapião de forma extrajudicial, conforme dispõe o parágrafo sexto, do artigo supracitado:

§ 6º Transcorrido o prazo de que trata o § 4º deste artigo, sem pendência de diligências na forma do § 5º deste artigo e achando-se em ordem a documentação, o

oficial de registro de imóveis registrará a aquisição do imóvel com as descrições apresentadas, sendo permitida a abertura de matrícula, se for o caso.

Com isso, cumpre ressaltar que a decisão proferida pelo registrador não transita em julgado e mesmo que ele tenha deferido o pedido, por entender que tal requerimento estava com provas suficientes, nada obsta que o registrador reveja sua decisão, se entender, de forma fundamentada, que assim deva proceder. Sob esse viés, não há o que falar em preclusão ou coisa julgada nas decisões administrativas proferidas no curso do processo, pois podem ser revistas até a decisão final. No caso da decisão negativa, isto é, de indeferimento do pedido, ela pode ser revista na reformulação do pedido.

Contudo, conclui-se que o procedimento extrajudicial de usucapião não é uma forma dificultosa para o Requerente e sim um meio de fácil acesso para satisfazer aquilo que mais almeja, mas para que seja proferido é necessário que o requerente cumpra com todos os requisitos indispensáveis e com isso não tenha nenhum óbice na sua pretensão. Vale ressaltar que não conseguindo o Requerente atingir sua pretensão com o disposto procedimento extrajudicial, ele poderá recorrer ao procedimento judicial, o qual demanda mais requisitos e um tempo maior para ser conclusivo, conforme assegura o parágrafo nono, do artigo 216-A, da Lei de Registros Públicos (6.015/73).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A usucapião é um instituto regulamentado no Código Civil Brasileiro de 2002, contendo, também, disposições referentes no Código de Processo Civil de

2015 e na Constituição Federal de 1988, além do disposto em Leis Especiais. A referida modalidade é um meio de aquisição de propriedade que se divide em algumas espécies e procedimentos, os quais se distinguem apenas nos requisitos próprios que cada espécie ou procedimento requer para sua constituição.

A última inovação do instituto da usucapião foi a Usucapião Extrajudicial, sendo o tema principal discutido no presente trabalho, tendo sido engendrada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Novo Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 1.071, que acrescentou na Lei de Registros Públicos (6.015/73) o artigo 216-A, o qual rege os requisitos e o procedimento de tal instituto. Cumpre ressaltar, de forma convicta, que a mencionada inovação foi bastante benéfica para quem tem o objetivo de satisfazer o seu direito de usucapir, uma vez que, com a regulamentação desse instituto, o usucapiente obteve um meio procedimental simplificado e menos complexo.

Convém ressaltar que o referido instituto preteriu a usucapião administrativaciada por meio da Lei 11.977/2009 e atualmente revogada, que se tratava da regularização fiduciária. A usucapião administrativa foi um dos fatores que deram origem e inspiraram à usucapião extrajudicial, pois, apesar de ter funções limitantes, abriu as “portas” para a introdução da nova espécie procedimental, bem como instigou o legislador a adotar a implementação da usucapião extrajudicial de forma ampla e abrangente a todas as espécies da modalidade.

Por fim, entende-se que a Usucapião Extrajudicial se trata de uma grande inovação processual por ser um meio de tirar a competência do âmbito judicial para o administrativo, isto é, uma forma de desjudicialização que tem como finalidade a resolução mais célere e eficaz da lide, assegurando a proteção ao terceiro e a todos aqueles envolvidos, bem como resguardando os princípios

fundamentais para a sua constituição. O procedimento extrajudicial na usucapião veio para facilitar a vida de quem deseja usucapir, seja por todas as benfeitorias apresentadas e também pela facilidade de se instaurar tal procedimento administrativo. Portanto, não restam dúvidas sobre o quanto a inovação foi de grande importância e relevância para o Direito Brasileiro e para aqueles que dependem de tal instituto para se realizarem como proprietários.

REFERÊNCIAS

ÂMBITO JURÍDICO. Breve exposição sobre a usucapião judicial e a usucapião extrajudicial. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17749&revista_caderno=7>. Acesso em: 08 mar. 2017;

BRANDELLI, Leonardo. Usucapião administrativa: De acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 2016;

BRAGA, Isadora Jullie Gomes. A desjudicialização do processo de usucapião da propriedade imobiliária pela via extrajudicial. Trabalho de Conclusão de Curso. PUCRS. 2016. Disponível em:

<http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2016/09/isadora_braga_2016_1.pdf>. Acesso em 23 out. 2018;

BRASIL. Constituição da República do Brasil, de 5 de outubro de 1988. In: Palácio do Planalto, 2018. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm>. Acesso em: 22 out. 2018;

BRASIL. Lei nº. 6.001, de 9 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. In: Palácio do Planalto, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm>. Acesso em: 25 out. 2018;

BRASIL. Lei nº. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. In: Palácio do Planalto, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015original.htm>. Acesso em: 22 out. 2018;

BRASIL. Lei nº. 6.969, de 10 de dezembro de 1981. Dispõe Sobre a Aquisição, Por Usucapião Especial, de Imóveis Rurais, Altera a Redação do § 2º do art. 589 do Código Civil e dá outras providências. In: Palácio do Planalto, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6969.htm>. Acesso em: 24 out. 2018;

BRASIL. Lei nº. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. In: Palácio do Planalto, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 24 out. 2018;

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: Palácio do Planalto, 2018. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 22 out. 2018;

BRASIL. Lei nº. 11.977, de 7 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. In: Palácio do Planalto, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11977.htm>. Acesso em: 24 out. 2018;

BRASIL. Lei nº. 12.424, de 16 de julho de 2011. Altera a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, as Leis nºs 10.188, de 12 de fevereiro de 2001, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 4.591, de 16 de dezembro de 1964, 8.212, de 24 de julho de 1991, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil; revoga dispositivos da Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. In: Palácio do Planalto, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12424.htm>. Acesso em: 25 out. 2018;

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. In: Palácio do Planalto, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 22 out. 2018;

BRASIL. Lei nº. 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera algumas Leis. In: Palácio do Planalto, 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm>. Acesso em: 22 out. 2018;

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento nº 65, de 14 de dezembro de 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/provimento-n65-14-12-2017-corregedoria.pdf>. Acesso em: 22 out. 2018;

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: Direito das coisas, Vol5. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017;

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil esquematizado: Vol. 2. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016;

JUSBRASIL. Usucapião: conceito, natureza jurídica e origem histórica. Disponível em: <<https://anaoliboni.jusbrasil.com.br/artigos/188247389/usucapiao-conceito-natureza-juridica-e-origem-historica>>. Acesso em: 06 jun. 2018;

JUSBRASIL. Usucapião extrajudicial de bens móveis. Disponível em: <<https://enviarsolucoes.jusbrasil.com.br/noticias/424023283/usucapiao-extrajudicial-de-bens-moveis>>. Acesso em: 08 mar. 2018;

JUS.COM.BR. A origem e evolução histórica da usucapião. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33970/a-origem-e-evolucao-historica-do-usucapiao>>. Acesso em: 06 jun. 2018;

MIGALHAS. O novo código de processo civil: o usucapião administrativa e o processo de desjudicialização. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/registralhas/98,mi207658,101048o+novo+codigo+de+processo+civil+o+usucapiao+administrativo+e+o>>. Acesso em: 08 mar. 2018;

MIGALHAS. Usucapião extrajudicial – possibilidade prevista no novo código de processo civil. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/depeso/16,mi223631,91041-usucapiao+extrajudicial+possibilidade+prevista+no+novo+codigo+de>>. Acesso em: 08 mar. 2018;

REGISTRO DE IMÓVEIS 1 ZONA. O procedimento da usucapião extrajudicial. Disponível em: <<http://registrodeimoveis1zona.com.br/wp-content/uploads/2016/07/o-procedimento-da-usucapiao-ext.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2018;

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. Judicialização e desjudicialização: Entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário. Revista de Informação Legislativa, v. 50, n. 199, p. 25–33, jul./set., 2013. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/199/ril_v50_n199_p25.pdf>. Acesso em 20 de out. 2018.

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS

Stéphanie Fátima de Souza¹¹

RESUMO

Cuida-se de monografia com o objetivo de analisar as construções teóricas acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, haja vista o reconhecimento da força normativa e superioridade hierárquica da Constituição, e a consequente irradiação de seus efeitos para todo o ordenamento jurídico, sem prejuízo da superação da visão dicotômica do direito e da concepção clássica dos direitos fundamentais. A metodologia utilizada, em suma, munuiu-se de teorias voltadas para a controvérsia, de modo a examinar os aspectos primordiais de cada uma e o seu entendimento sobre o tema proposto. Concluiu-se que não há como afastar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, estando sua extensibilidade condicionada a averiguação de cada caso concreto, de forma que as teorias não devem ser interpretadas de maneira isolada e excludente, mas como compatíveis e complementares.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais. Eficácia. Relações jurídicas privadas.

INTRODUÇÃO

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas se revela como um dos temas mais desafiantes e controversos do cenário atual. Em que pese à variedade de construções teóricas que vislumbram esclarecer a possibilidade da irradiação dos efeitos dos

¹¹ Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da Universidade de Itáua-MG.

preceitos fundamentais nas relações jurídicas sobreditas, o assunto não resta finalizado. Ora, a temática ainda sustenta o enfoque de grandes discussões, mormente quando a finalidade se resume em delimitar a extensão da eficácia desses direitos nas relações jurídicas entre particulares.

O trabalho se baseia na análise de como se processará a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, haja vista a superação da concepção clássica dos direitos fundamentais, conjuntamente com a nova posição assumida pela Constituição, que hodiernamente é dotada de força normativa e superioridade hierárquica.

Desse modo, dentre as inúmeras teorizações existentes acerca do tema, expõe aquelas de maior relevância para a compreensão e conclusão do assunto, restando afastadas do trabalho as teorias que apenas reconhecem a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre o poder estatal e os particulares, as quais não se sustentam em razão da incidência das normas constitucionais por todo o ordenamento jurídico.

Possuindo o direito privado uma principiologia básica norteadora das relações contratuais, o cerne do problema está em definir a extensão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, ao passo que sua incidência não poderá coibir o exercício da autonomia privada e liberdade contratual, que também se verificam amparadas constitucionalmente.

Destarte, busca-se uma construção teórica que harmonize a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas e a principiologia aludida, de modo que os preceitos fundamentais dos particulares não se encontrem violados mediante o exercício abusivo da autonomia privada no âmbito de suas relações jurídicas.

O trabalho é dividido em três capítulos. O primeiro possui como enfoque a averiguação do desenvolvimento dos direitos fundamentais, sobretudo dos acontecimentos

antepassados que originaram a atual contextualização das normas constitucionais. Já o segundo, possui a finalidade de explorar as teorias criadas com o propósito de solucionar o conflito exposto. Por fim, o terceiro capítulo analisa como se dará a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas no cenário brasileiro.

2 DIREITO FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, assim denominados hodiernamente, são resultado de batalhas, revoluções e rupturas sociais, que, frente aos cenários antepassados refletores de subordinação e aviltamento, motivaram os indivíduos a lutarem por sua dignidade humana¹². Reivindicavam a titularidade de direitos que os resguardassem dos atos arbitrários e abusivos do estado.

Dessa maneira, tais direitos foram conquistados gradativamente, em conformidade com cada momento histórico e seu respectivo clamor social, reconhecidos formalmente na segunda metade do século XVIII¹³. Há de se destacar que, para alguns doutrinários, os homens nascem portadores de direitos naturais e inalienáveis, os quais foram apenas normatizados¹⁴.

2.1 Concepção clássica dos direitos fundamentais

Primariamente, verifica-se a presença do constitucionalismo liberal, bem como a interpretação clássica dos direitos fundamentais e sua incidência subjetiva. No cenário exposto, a Constituição não detinha

¹² SARMENTO, D. apud LIMA, H. Efeitos horizontais dos direitos fundamentais. [S.l.], p. 3.

¹³ DIMOULIS, D.; MARTINS, L. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 25.

¹⁴ LIMA, H. Efeitos horizontais dos direitos fundamentais. [S.l.], p. 3.

eficácia normativa, tampouco aplicabilidade extensiva, de forma a vincular exclusivamente as normas classificadas como de direito público e as relações entre os indivíduos e o poder estatal. As demais relações jurídicas, em que figuravam somente particulares, eram regidas tão somente pelas normas de direito privado, que revelavam a soberania do direito civil.

Nessa perspectiva, os preceitos fundamentais apenas constituíam direitos de defesa ou liberdades públicas, com a finalidade de impor limites ao exercício do poder estatal sobre a esfera privada do existir humano¹⁵. A concepção clássica dos direitos fundamentais, partindo da premissa de que os sujeitos estariam submetidos à igualdade formal, entende que estariam obstaculizados de ameaçar ou restringir direitos de outros particulares em suas relações jurídicas¹⁶.

Desta feita, a aplicabilidade dos direitos fundamentais se baseava no que o indivíduo poderia exigir do estado em razão de se ter um direito positivado, haja vista a ineficácia desses preceitos ao se tratar de relações jurídicas privadas.

A interpretação de que as normas constitucionais ensejavam reflexos apenas nas relações entre os indivíduos e o poder estatal, estando à margem qualquer função protetora dos direitos fundamentais nas demais relações jurídicas, permaneceu até meados do século XX¹⁷. Ora, quando da existência de normas jurídicas exclusivas de direito privado, caberiam a elas regular as condutas e comportamentos humanos.

¹⁵ MARTINS, T. P. Discriminação nas relações contratuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 16.

¹⁶ LUÑO, P.; ENRIQUE, A. Los derechos fundamentales. 9ª. ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 22-23.

¹⁷ MARTINS, T. P. Discriminação nas relações contratuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 25.

2.2 A mitigação da visão dicotômica do direito resultante do fenômeno da constitucionalização do direito privado

A partir da segunda metade do século XX, a concepção clássica dos direitos fundamentais se restou superada, bem como o unidirecionamentodestes, que sob a interpretação do constitucionalismo liberal eram compreendidos como direitos subjetivos públicos aplicáveis tão somente ao poder estatal¹⁸.

Nesse diapasão, inaugura-se nova interpretação acerca da Constituição, mormente de seus reflexos. A Lei Maior passou a ser vislumbrada por sua supremacia, se emergindo como o instrumento de validação de todo ato normativo, que deveria estar condicionado ao texto constitucional. Outrossim, a força normativa da Constituição passou a ser enaltecida, como também a irradiação de seus efeitos por todo o ordenamento jurídico.

Por decorrência, no mesmo sentido se mostra a aplicabilidade dos direitos fundamentais, inseridos neste contexto como direitos jurídico – constitucionais¹⁹, posto que as normas de direito privado começaram a ser interpretadas em consonância com as normas constitucionais, sobretudo os direitos fundamentais.

Mediante o reconhecimento da propagação dos efeitos extraídos dos direitos fundamentais para todas as relações jurídicas, expandindo seu alicerce protetivo, surge o fenômeno denominado poder social. Verifica-se que os particulares, no exercício de suas relações jurídicas privadas, são aptos a ameaçar e violar os direitos fundamentais de seus semelhantes, principalmente por alguns gozarem de privilégios e condições favorecidas em

¹⁸ Ibid., p. 21-22

¹⁹ Ibid., p. 22

detrimento da posição inferior dos demais sujeitos envolvidos em tais relações²⁰.

Destarte, eis o surgimento do constitucionalismo contemporâneo, isto é, a constitucionalização do direito privado, e concomitantemente a evolução da teoria dos direitos fundamentais, bem como a discussão referente à sua aplicabilidade nas relações privadas; marco significativo para a mitigação da visão dicotômica do direito.

O direito privado, que somente se regia por intermédio do direito civil e normas específicas, passa a ter a supervisão constitucional, de forma a ser aplicado com plena observância aos direitos fundamentais. Estes, estabelecem uma conexão entre a Constituição e o direito privado, haja vista a existência de dispositivos constitucionais que disciplinam exclusivamente os particulares no exercício de suas relações jurídicas²¹.

Desse modo, o feito defendido robustamente pela doutrina alemã do século XIX, que prezava pela dicotomia do direito público e privado, é combatido. Não há razões que façam persistir a separação dos poderes e a destituição da força normativa da Constituição. O entendimento de que as relações privadas eram regidas única e isoladamente pela incidência das leis, em virtude da aplicação mitigada dos direitos fundamentais, que se sujeitavam a determinada interpretação legislativa, de modo a preliminarmente se analisar o dispositivo legal para eventualmente cogitar a incidência desses direitos, se encontrava antiquado²².

Em suma, o direito público e o direito privado passam a ser compreendidos como dependentes e

²⁰ MARTINS, T.P. Discriminação nas relações contratuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 16.

²¹ Ibid., p. 16.

²² Ibid., p. 25-26.

complementares. A proteção dada às relações entre o poder estatal e os particulares através da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais subsiste. Todavia, tais direitos adquirem nova interpretação, qual seja a irradiação de seus efeitos para toda e qualquer relação jurídica.

2.3 Evoluçãoda teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas

Partindo do novo consagrado entendimento de que o Estado deve zelar pela preservação dos direitos fundamentais do indivíduo não somente diante das atuações do poder público, mas também de agressões advindas de particulares, surge à concepção objetiva de tais direitos, sobre a qual vale tece as seguintes ponderações:

Os direitos fundamentais, assim, visam, em primeira linha, à satisfação de interesses próprios dos titulares. Conferem aos indivíduos pretensões a que sejam realizadas ações ou omissões tendentes a assegurar os valores e bens constitucionais que lhes são conferidos pelas normas constitucionais. Como direitos subjetivos, os direitos fundamentais delimitam posições jurídicas individuais em face do Estado. [...]por outra perspectiva, a dimensão objetiva traduz-se na fundamentação dos direitos fundamentais como valores, regras ou princípios possuidores de validade objetiva, absoluta, universal, independentemente da experiência dos indivíduos. Com esse entendimento, normas de direitos fundamentais prescrevem deveres objetivos de forma a não se referirem a qualquer titular concreto.²³

²³ VALE, A. R. do. Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas. 1ª. ed. Porto Alegre: safe, 2004, p. 78.

Na percepção contemporânea, a Constituição é instituída como a norma suprema, portadora de força normativa, com expressa capacidade de irradiar os seus efeitos por todo o ordenamento jurídico brasileiro, independentemente de se estar diante de normas de direito público ou privado. Logo, norteia toda a atividade legiferante. Ora, de maneira unânime, os preceitos legais só serão considerados lícitos, válidos e aplicáveis se estiverem em conformidade com as diretrizes constitucionais, sobretudo em conformidade com a proteção decorrentes dos direitos fundamentais.

Contudo, em que pese à limitação da autonomia privada verificada através do constitucionalismo contemporâneo, o direito privado continua a possuir diretrizes e princípios que lhe são próprios, ilustradores de sua essência, assim como o direito público. Cabe aos intérpretes analisar as especificidades e particularidades das relações jurídicas existentes entre particulares, e entre estes e o poder público²⁴.

Posto isso, pertinente observar que, quando se está diante de uma relação entre particulares, ambos são titulares de direitos fundamentais. Assim, torna-se evidente o conflito entre tais direitos, uma vez que passam a atuar contra, e simultaneamente a favor dos sujeitos da relação jurídica²⁵. Ao dissertar sobre o tema, destaca Sanches:

Certamente, tudo parece indicar que a eficácia dos direitos fundamentais não se mostra com idêntica força na esfera pública e a esfera privada, e justamente pela presença da autonomia da vontade. Mas nem tanto porque a dita autonomia sirva para renunciar aos direitos por parte

²⁴CANOTILHO, J. J. G. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 211.

²⁵HESSE, K. Derecho Constitucional y Derecho Privado. Tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1995, p. 60.

de seu titular, mas sim porque representa em si mesmo um direito fundamental da outra parte na relação jurídica. Em suma, minha opinião é que os direitos fundamentais no âmbito do direito privado se mostram sempre em conflito, porque frente à sua eficácia se alça sempre outro direito fundamental, o direito da outra parte.²⁶

Por conseguinte, vê-se consolidado o entendimento majoritário de que as normas constitucionais, notadamente os direitos fundamentais, identicamente, incidem seus efeitos para as relações jurídicas entre particulares. Partindo dessa premissa, doutrinadores criam teorias objetivando delimitar sua aplicabilidade e extensão, já que sua incidência nas relações jurídicas privadas se mostra irrefutável.

3 TEORIAS DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS

Os estudos a respeito da aplicabilidade e da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas se iniciaram por meio de obras alemães, em meados do século XX²⁷. No direito brasileiro, o tema ainda se evidencia recente, dado que as primeiras obras se originaram no início do século XXI²⁸, as quais ainda estão

²⁶SANCHIS, L. P. Estudios sobre derechosfundamentales. Madrid: Editorial Debate, 1994, p. 32.

²⁷DÜRIG, G. GrundrechteunZivilrechtsprechung. In: MAUNZ, T. Vom Bonner Grundgesetz zurgesamtdeutschenVerfassung: Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky. München: IsarVerlag, 1956.

²⁸TEPEDINO, G. Normas constitucionais e relações privadas na experiência das cortes brasileiras.Revista Themis, Curitiba, Centro

concentradas na análise do fenômeno da constitucionalização do direito privado, e não possuem como cerne o estudo da incidência dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares.

3.1 Teoria da eficácia indireta ou mediata

A teoria da eficácia indireta ou mediata é inaugurada pela exposição do pensamento de Dürig²⁹, e reconhecida como um dos entendimentos tradicionais acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.

Para os defensores de tal teoria, não persiste qualquer fundamento que sustente a eficácia absoluta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, vez que a liberdade em seus diversos aspectos e conteúdo é asseverada constitucionalmente aos particulares.

A incidência dos direitos fundamentais como direitos subjetivos, ao contrário do que se verifica nas relações jurídicas entre o poder estatal e os indivíduos, não é reconhecida nas relações jurídicas em que os sujeitos sejam unicamente particulares. Desta feita, nestas relações, os preceitos fundamentais atuam apenas como princípios objetivos ou ordem objetiva de valores, bem como demandam intermediação para que possam produzir seus efeitos³⁰.

Nesse diapasão, ao se considerar que os direitos fundamentais não emergem efeitos diretos para as relações jurídicas privadas, e por decorrência não vincula os

Acadêmico Hugo Simas, p. 21-29, 2008.

²⁹DÜRIG, G. GrundrechteunZivilrechtsprechung. In: MAUNZ, T. Vom Bonner Grundgesetz zurgesamtdeutschenVerfassung: Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky. München: IsarVerlag, 1956.

³⁰MARTINS, T. P. Discriminação nas relações contratuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 35.

particulares aos seus preceitos, a sua eficácia carece de mediação por parte do legislador. Destarte, enaltecendo a autonomia privada, liberdade contratual, e livre desenvolvimento da personalidade, a atividade legislativa seria responsável por normatizar o reflexo de cada um dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares³¹.

Secundariamente, quando da ausência da intermediação supramencionada, o feito se realizaria mediante a atividade dos órgãos jurisdicionais. Quando da análise de cada caso concreto, teriam o encargo de conferir às normas infraconstitucionais vigentes interpretação consoante o texto constitucional, sobretudo aos direitos fundamentais³². Conforme destaca Martins:

Nessa perspectiva, para os defensores da eficácia mediata, o conteúdo das normas de direitos fundamentais se infiltrará nas normas jurídicas privadas aplicáveis ao caso, mediante o preenchimento do conteúdo das cláusulas gerais e conceitos indeterminados existentes no direito privado, permitindo, dessa forma, que as normas de direito fundamentais irradiem seus efeitos por todo ordenamento jurídico.³³

Desse modo, a teoria se resume na concepção de que os direitos fundamentais não são oponíveis diretamente como direitos subjetivos nas relações jurídicas entre particulares, isto é, não atuam como diretrizes interpretativas das normas jurídicas de direito privado³⁴.

³¹MARTINS, T. P. Discriminação nas relações contratuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 35.

³²Ibid., p. 35.

³³Ibid., p. 39.

³⁴Ibid., p. 36.

Por fim, a teoria em questão enfatiza que, se os direitos fundamentais incidissem sobre as relações jurídicas privadas de forma direta e imediata, os preceitos constitucionais teriam total domínio sob as normas de direito privado, mitigando a atuação da principiologia inerente a este instituto. Assim, os direitos fundamentais possuem incidência direta apenas nas relações que envolvam o poder público e particulares. Nas demais, atuam indiretamente, de forma a se preservar a autonomia privada e a liberdade contratual³⁵.

3.2 Teoria da eficácia direta ou imediata

Possuindo como precursores Nipperdey³⁶ e Leisner³⁷, a teoria da eficácia direta ou imediata encontra-se também inserida entre aquelas de entendimento tradicionalmente defendido pelos doutrinadores da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas³⁸.

Ao sustentar a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, bem como sua vinculação aos particulares independentemente de qualquer mediação concretizadora advinda da atuação do poder público, seja por meio da atividade legislativa ou jurisdicional, os defensores dessa teoria inovam a colocação pioneira a respeito do tema³⁹. A concepção objetiva dos direitos fundamentais, sem prejuízo do reconhecimento da força normativa da Constituição, leva a

³⁵Ibid., p. 36-37.

³⁶NIPPERDEY, H. C. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Waldir Alves (Trad.). In: HECK, L. A. (Org.) Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: safE, 2012.

³⁷LEISNER, W. Grundrechteundprivatrecht. Munique: Beck, 1960.

³⁸MARTINS, T. P. Discriminação nas relações contratuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 50.

³⁹Ibid., p. 50.

uma irradiação de seus efeitos por todo o ordenamento jurídico⁴⁰.

Partindo da premissa de que não somente o poder público, mas os particulares também podem mitigar o exercício dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas privadas, passa-se a reconhecer a dupla dimensão dos direitos fundamentais, quais sejam subjetiva e objetiva. Na esteira subjetiva, os preceitos fundamentais restringem a intervenção do poder público no que tange aos direitos dos indivíduos, e no contexto objetivo, atuam como limitadores do exercício dos princípios da autonomia privada e liberdade contratual⁴¹. A despeito, ressalta Nipperdey:

Para que os direitos fundamentais, como normas objetivas, rejam o direito privado, não se requer nenhum “meio”, nenhum “ponto de infiltração”, como pretendem ser as cláusulas gerais. Antes bem, o efeito jurídico é direito normativo, que modifica ou regenera as normas jurídico-privadas existentes, sejam direitos imperativos ou dispositivos, cláusulas gerais ou normas jurídicas determinadas, trata-se de proibições, mandatos, direitos subjetivos, direitos de proteção ou causas de justificação.⁴²

Em decorrência da inadequação da teoria à realidade fática, esta passou por diversas vertentes, as

⁴⁰NIPPERDEY, H. C. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Waldir Alves (Trad.). In: HECK, L. A. (Org.) Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: safE, 2012, p. 53.

⁴¹MARTINS, T. P. Discriminação nas relações contratuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 50.

⁴²NIPPERDEY, H. C. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Waldir Alves (Trad.). In: HECK, L. A. (Org.) Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: safE, 2012, p. 65.

quais são denominadas de versão forte, versão intermediária, e versão fraca. O entendimento de que não são todos os direitos fundamentais, como também todas as situações jurídicas que são compatíveis com a eficácia imediata dos direitos fundamentais, conquistou o espaço da interpretação originária de que os preceitos fundamentais possuem eficácia plena e geral nas relações jurídicas privadas. Por último, a versão fraca restringe a eficácia imediata dos direitos fundamentais às relações jurídicas privadas, caracterizadas pela subordinação de um dos particulares ao outro⁴³.

Cumprido destacar que a versão forte defendida por Nipperdey⁴⁴ não é passível de sustentação, haja vista a ignorância de que a autonomia privada também se impõe como um direito fundamental a ser respaldado pelo ordenamento jurídico, conjuntamente com a negatória de que a verdadeira questão a ser resolvida é o conflito de direitos fundamentais em uma relação jurídica privada, sendo que a extensão da eficácia desses direitos só poderia ser verificada frente ao caso concreto⁴⁵.

Nas palavras de Martins:

[...]inadequado sustentar de antemão, sem as especificidades do caso concreto, que um determinado direito fundamental possui primazia ou eficácia absoluta sobre os demais direitos fundamentais tutelados pelo ordenamento jurídico. A primazia ou prevalência de um direito fundamental em relação a outro somente será possível diante da análise do caso concreto e

⁴³MARTINS, T. P. Discriminação nas relações contratuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 52-53.

⁴⁴NIPPERDEY, H. C. Direitos Fundamentais e Direito Privado, Waldir Alves (Trad.). In: HECK, L. A. (Org.) Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: safE, 2012.

⁴⁵MARTINS, T. P. Discriminação nas relações contratuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 53.

determinada a partir de suas circunstâncias fáticas e jurídicas.⁴⁶

3.3 Teoria dos deveres de proteção

A teoria dos deveres de proteção possui notadamente como defensores Stern⁴⁷ e Canaris⁴⁸, cujo entendimento reconhece os efeitos objetivos dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas. Preliminarmente compete aos órgãos legislativos, no exercício de suas competências constitucionais, concretizar os direitos fundamentais conferindo-lhes medida protetiva⁴⁹.

Todavia, o cenário não impede aos órgãos jurisdicionais a prerrogativa de intervirem com a finalidade de afastar a aplicabilidade das normas jurídicas verificadas infraconstitucionais, declarando sua inconstitucionalidade, haja vista sua inconformidade com o texto constitucional. Ademais, não há qualquer objeção para que adequem ou complementem o sentido de tais normas mediante a utilização das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados em conformidade com as diretrizes constitucionais⁵⁰.

Por conseguinte, a teoria aduz que o poder estatal tem a incumbência de salvaguardar os direitos fundamentais, não somente de intervenções inadequadas por ele praticadas, mas também contra intromissões oriundas de outros particulares, uma vez que resta

⁴⁶ Ibid., 53.

⁴⁷ STERN, K. Derechodel Estado de La Republica Federal Alemana. Tradução de Javier Perez Royo e Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

⁴⁸ CANARIS, C.-W. Direitos fundamentais e direito privado. Coimbra: Almedina, 2003.

⁴⁹ MARTINS, T. P. Discriminação nas relações contratuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 59.

⁵⁰ Ibid., p. 59.

reconhecida a concepção objetiva dos direitos fundamentais⁵¹.

Para essa teoria, quando da ausência de normas jurídicas que regulamentem a incidência dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, bem como de cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, não há óbice para que os órgãos jurisdicionais supram tal deficiência normativa, de forma a garantir que os direitos fundamentais irradiem seus reflexos para as relações jurídicas privadas.

Martins corrobora com tal arguição ao prelecionar que a própria origem dos preceitos fundamentais revela que sua finalidade está além de proteger os particulares em suas relações jurídicas com o poder estatal, dado que, simultaneamente limitam os atos privados e garantem a vida em sociedade⁵²⁵³⁵⁴.

Conforme destaca o autor:

A teoria dos deveres de proteção leva em consideração as especificidades do caso concreto, em especial, a existência de desigualdades fáticas, assimétricas entre os particulares, bem como suas influências sob a autenticidade da manifestação da autonomia privada, ou seja, uma análise aprofundada sobre o consentimento do particular que tem seu direito fundamental restringido na relação jurídica privada, bem como da juridicidade da limitação a

⁵¹ Ibid., p. 59.

⁵² SARMENTO, D. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2006, p. 216-217.

⁵³ ANDRADE, J. C. V. de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3ª. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

⁵⁴ SILVA, V. A.da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Mandamentos, 2008.

direitos de terceiros decorrente do exercício da autonomia privada.⁵⁵

Pertinente dizer que para diversos autores, a teoria representa uma visão aperfeiçoada da teorização advinda da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais⁵⁶, mormente por reconhecer o dever estatal de no exercício de sua atividade legislativa e jurisdicional proteger os indivíduos de possíveis violações a tais direitos, sobretudo no âmbito de suas relações privadas, garantindo a efetividade das normas constitucionais⁵⁷.

Desse modo, caberá ao legislador, em observância ao princípio da proporcionalidade, analisar os direitos fundamentais em conflito nas relações jurídicas privadas, como também sua relevância perante o caso concreto, como medida tendenciosa a perseguir sua harmonização.

Por conseguinte, verificada certa inércia frente ao dever legislativo aludido, os direitos fundamentais já se encontrariam violados, tornando imprescindível a atuação subsidiária dos órgãos jurisdicionais que diante do caso concreto garantiriam a efetividade destes direitos, seja conferindo interpretação correspondente ao texto constitucional às normas infraconstitucionais, seja aplicando os direitos fundamentais em conformidade com o que demanda o caso concreto⁵⁸.

3.4 Teoria da integração

Alexy, precursor da teoria, em razão da diversidade de teorizações sobre o tema em questão, promoveu uma

⁵⁵MARTINS, T. P. Discriminação nas relações contratuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 62.

⁵⁶MARTINS, T. P. Discriminação nas relações contratuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 61.

⁵⁷ Ibid., p. 63.

⁵⁸ Ibid., p. 63.

conciliação de todas elas, sendo que harmonicamente correlacionou as contribuições de cada concepção anterior, reunindo-as e criando a teoria da integração, cuja finalidade se resume à consistência⁵⁹.

Para o defensor da teoria, a modulação dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas jamais fora explorada pelas teorizações anteriores⁶⁰. Ao fazer uma análise, especialmente das teorias da eficácia direta e indireta⁶¹, Alexy expõe que, a definição dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares trata-se um sopesamento que deve ser realizado entre os preceitos fundamentais em conflito quando aplicados a uma relação jurídica privada⁶².

A dessemelhança se verifica em virtude de na teoria da eficácia indireta dos direitos fundamentais, tal sopesamento se ver realizado mediante a incidência das normas jurídicas de direito privado vigentes, cuja aplicabilidade só poderá ser afastada quando de justificativa plausível, ao passo que, para a teoria da eficácia direta, o feito se daria no exercício da jurisdição, notadamente na aplicação das normas de direitos fundamentais ao caso concreto, ainda que existente normas jurídicas de direito privado específicas, que materializaram o conteúdo dos direitos fundamentais em conflito⁶³.

Em suma, a teoria se configura na junção das principais construções teóricas sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, com a finalidade de se estabelecer um critério final propício a

⁵⁹ALEXY, R. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014.

⁶⁰ Ibid., p. 532.

⁶¹ Ibid., p. 534.

⁶²MARTINS, T. P. Discriminação nas relações contratuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 66.

⁶³ Ibid., p. 66.

reconhecer a extensão de tal incidência, posto que esta já se verifica irrefutável.

Nessa perspectiva, Alexy constrói três níveis possíveis de eficácia: o dos deveres do poder estatal, o dos direitos frente ao poder estatal, e o das relações jurídicas entre os particulares. Dessa forma, tanto a eficácia imediata, mediata e eficácia frente ao poder estatal refletem respectivo aspecto da aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas⁶⁴.

Desta feita, a eficácia mediata dos direitos fundamentais mostraria seus efeitos em momentos distintos. Primariamente, considerando a concepção objetiva dos direitos fundamentais, os órgãos legislativos estariam vinculados a estabelecer seu dever protetivo para com os indivíduos no âmbito de suas relações privadas, tornando obrigatória a edição de normas jurídicas aptas a densificar o conteúdo dos direitos fundamentais.

De maneira secundária, a eficácia submeteria os órgãos jurisdicionais à irradiação dos efeitos das normas fundamentais para toda e qualquer relação jurídica quando do exercício da atividade jurisdicional, haja vista a impossibilidade de a atividade legislativa prever todas as situações concretas que carecem normatização⁶⁵. Vale esclarece que:

A lei é conferida a responsabilidade de fixar pautas para uma correta articulação entre direitos e bens constitucionais que podem entrar em colisão entre si, quando requisitados no âmbito privado, outorgando preferência, caso a caso, a alguns deles. Para tanto, o legislador possui uma considerável margem de atuação para ajustar, de acordo com a

⁶⁴ALEXY, R. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 540.

⁶⁵ Ibid., p. 543.

consciência social, o espaço de liberdade dos indivíduos nas relações privadas, movendo-se entre os limites do conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a garantia da autonomia privada.⁶⁶

A eficácia direta pressupõe que os direitos fundamentais deixem de ser utilizados como critérios hermenêuticos, dado que, por serem normas constitucionais devem ser aplicados diretamente nas relações jurídicas entre particulares. Ora, quando da ausência de cláusulas gerais ou normas jurídicas de direito privado, a atividade jurisdicional se munirá da ponderação para delimitar a extensão da eficácia dos direitos fundamentais que se verificarem conflitantes em determinada relação jurídica privada⁶⁷.

Por fim, a escolha de qual desses três níveis elencados de eficácia deve ser utilizado, será determinado por um exame das circunstâncias fáticas e jurídicas, que ensejam automaticamente a forma correta de eficácia para a solução do caso concreto. Uma vez inexistentes normas jurídicas de direito privado densificadoras do conteúdo advindo dos direitos fundamentais, ou quando da sua existência, se restarem insuficientes, a única solução cabível será a aplicação da eficácia direta dos direitos fundamentais na relação jurídica privada em questão. Contrariamente, caso se esteja diante de normas jurídicas privadas suficientes para tanto, veria-se incidente a eficácia indireta⁶⁸.

⁶⁶VALE, A. R. do. Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas. 1ª. ed. Porto Alegre: safE, 2004, p. 71.

⁶⁷MARTINS, T. P. Discriminação nas relações contratuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 68.

⁶⁸ALEXY, R. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 550.

3.5 Teoria da diferenciação

A teoria da diferenciação, também conhecida como metódica da diferenciação, possui Canotilho como precursor⁶⁹. Diferentemente dos cenários anteriores apresentados, a teoria sugere a superação da dicotomia entre a eficácia direta e indireta, mediante uma perspectiva conciliatória⁷⁰.

O autor sustenta que, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares pode ser demonstrada em diferentes etapas ou maneiras de aplicação desses direitos. No primeiro grupo se reúnem as normas fundamentais que possuem eficácia direta nas relações jurídicas privadas por força de sua natureza, finalidade ou estrutura normativa, como o direito de greve e o direito de liberdade de associação⁷¹.

Nessa perspectiva, Martins explana o entendimento de Canotilho, ao mencionar que:

[...]as normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias podem, elas próprias, estabelecer a eficácia destes direitos na ordem jurídica privada, razão pela qual, aos particulares é facultado, nas suas relações jurídicas com outros sujeitos privados, apelar imediatamente para as normas constitucionais que, de forma expressa, vinculam os atos dos entes sujeitos aos direitos fundamentais.⁷²

⁶⁹CANOTILHO, J. J. G. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 1288.

⁷⁰MARTINS, T. P. Discriminação nas relações contratuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 69.

⁷¹MARTINS, T. P. Discriminação nas relações contratuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 70.

⁷²CANOTILHO, 2006, p. 1268, apud MARTINS, T. P. Discriminação nas relações contratuais. Belo Horizonte: D'Plácido,

Outrossim, ainda no mesmo sentido, em relação aos direitos fundamentais que possuem simultaneamente como destinatários o poder público e os particulares, tais como direitos de privacidade e intimidade, e indenização por danos materiais e morais⁷³, Martins assim discorre:

Canotilho reconhece a primazia da atividade legislativa na densificação do conteúdo dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, ao sustentar que os órgãos legislativos estão diretamente vinculados aos direitos fundamentais, possuindo o dever de editar normas jurídicas para concretizar seu conteúdo nas relações jurídicas entre particulares. Existindo normas jurídicas de direito privado normatizando o grau de eficácia de determinado direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares, estas devem ser, a priori, respeitadas e observadas no tráfico privado, sob pena de violação ao princípio da legalidade, salvo demonstrada a sua inconstitucionalidade.⁷⁴

Ademais, Canotilho enfatiza a atividade legislativa como primária na densificação do conteúdo dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, quando da edição das normas jurídicas privadas⁷⁵. Caso tais normas não sejam capazes de conferir uma proteção mínima aos direitos fundamentais dos particulares envolvidos na relação jurídica, competiria aos órgãos jurisdicionais o complemento de seu sentido, quando possível interpretá-la em conformidade com o texto constitucional. Se frustrado

2016, p. 70.

⁷³MARTINS, T. P. Discriminação nas relações contratuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 70.

⁷⁴Ibid., p. 70-71.

⁷⁵Ibid., p. 71.

se restar o feito, a norma jurídica deverá ser declarada inconstitucional. Contudo, se verificada a ausência de tais normas jurídicas, a atividade jurisdicional aplicará diretamente os direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas.

3.6 Teoria da equiparação

A teoria da equiparação, também conhecida como *state action*, possui como cerne a equiparação dos atos privados aos atos estatais. Diferentemente das demais terias abordadas, por ser concebida no momento em que tão somente se reconhecia a concepção clássica dos direitos fundamentais, não reconhece qualquer eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, mas unicamente nas relações entre o poder público e particulares⁷⁶.

De início, a teoria se baseava na cultura constitucional norte-americana, a qual sustentava uma dicotomia entre o direito público e o direito privado, vez que as normas do Common Law seriam suficientes para defender os particulares de mitigações aos seus direitos fundamentais na esfera de suas relações jurídicas privadas, que, por conseguinte, não irradiavam efeitos para as demais relações jurídicas⁷⁷. Notória preocupação se fazia presente no sentido que se a incidência dos preceitos fundamentais nas relações jurídicas privadas macularia o exercício da autonomia privada e liberdade contratual⁷⁸.

Contudo, a realidade se mostrou divergente. Restou demonstrado que as normas jurídicas de direito privado por si só se verificam insuficientes para impedir que no

⁷⁶MARTINS, T. P. Discriminação nas relações contratuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 72.

⁷⁷Ibid., p. 72.

⁷⁸SARMENTO, D. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2006, p. 189.

âmbito de uma relação jurídica entre particulares, os direitos fundamentais dos sujeitos envolvidos não se fizessem restritos. Desta feita, a Suprema Corte Americana viu-se obrigada a elaborar uma construção teórica apta a estender a proteção conferida aos direitos fundamentais, de modo a reconhecer sua eficácia nas relações jurídicas em que o ato particular pudesse ser equiparado ao ato estatal⁷⁹. Nesse contexto, Martins preceitua que:

Ao condicionar a eficácia dos direitos fundamentais aos atos privados equiparáveis aos atos públicos, a teoria da equiparação contribuiu para que, no âmbito do ordenamento jurídico norte-americano, haja a preocupação em separar os atos públicos dos privados, de modo a justificar a incidência ou não dos direitos fundamentais.⁸⁰

Ocorre que, tal separação nem sempre se revela simples de ser realizada, pois haverá situações em que o público e o privado não estarão claramente definidos e separados⁸¹. Dessa maneira, inúmeros estudiosos, dentre eles Bilbao Ubilos, ressaltam que a teoria foi a maneira desvendada pelos órgãos jurisdicionais norte-americanos para, conferir proteção aos direitos fundamentais contra violações originadas de relações privadas, sem o reconhecimento expresso da eficácia destes direitos nas relações jurídicas privadas⁸².

Similarmente destaca MC Crorie, ao dizer que, prevalece a interpretação clássica dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico norte-americano.

⁷⁹MARTINS, T. P. Discriminação nas relações contratuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 74.

⁸⁰Ibid., p. 74.

⁸¹MARTINS, T. P. Discriminação nas relações contratuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 74.

⁸²SILVA, V. A.da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Mandamentos, 2008, p. 100.

Destarte, a teoria se verifica utilizada quando imprescindível para coibir violações aos direitos fundamentais em uma relação jurídica privada, de forma a equiparar os atos privados aos públicos. Entretanto, não se afastam da interpretação literal dada aos direitos fundamentais, cuja eficácia direta só é robustamente permitida nas relações jurídicas entre o poder estatal e particulares⁸³.

4 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS PRIVADAS NO BRASIL

Em que pese à existência de teorias que enaltecem e possuem como conteúdo argumentos para refutar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, não há qualquer razão que as façam persistir frente ao ordenamento jurídico brasileiro, mormente a nova concepção atribuída a Constituição Federal de 1988, chamada de Constituição da República, que contribuiu expressamente para a teoria dos direitos fundamentais.

Dessemelhante das Constituições anteriores, voltadas para a instituição de normas de organização e estruturação do poder estatal, a hodierna Constituição elencou numerosos e expressos direitos fundamentais, que embora se concentrem em seu art. 5º, estão dispostos por todo o texto constitucional, bem como podem estar previstos em tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte⁸⁴. Outrossim, resta superado o

⁸³MAC CRORIE, B. F. D. S. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2005, p. 38.

⁸⁴ Conforme destaca Martins (2016, p. 83), dentre eles se verificam as limitações constitucionais ao poder de tributar, o direito ao meio ambiente e a proteção do patrimônio histórico e cultural.

⁸⁵LENZA, P. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1055.

entendimento da visão dicotômica do direito, haja vista o reconhecimento da Constituição como a lei suprema que norteia e valida todo e qualquer dispositivo infraconstitucional, ainda que norma de direito privado.

Como cediço, torna-se insustentável qualquer tese defensiva da inaplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas. A uma, porque consolidado o entendimento de que os particulares no âmbito de suas relações jurídicas, assim como o poder estatal, possuem grande possibilidade de mitigar ou violar os preceitos fundamentais de outros indivíduos. A duas, pela vinculação de todo o ordenamento jurídico à Constituição, a qual incide reflexos para toda norma jurídica infraconstitucional.

Destarte, no cenário atual de reconhecimento consolidado da força normativa e superioridade hierárquica da Constituição, é cabível tão somente a análise de como se dá a incidência e a extensão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, posto que, não há como negar a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas normas jurídicas de direito privado, as quais estão compreendidas no sistema normativo e observam a ordem hierárquica disposta na própria Constituição. Ao admitir que a Constituição confere direcionamento e validação para todo e qualquer ato normativo, evidencia-se sua incidência, indistintamente, para toda norma infraconstitucional.

Nesse cenário, as normas jurídicas de direito privado também estão submetidas e vinculadas a uma construção consoante as diretrizes postas pela Constituição, caso contrário, serão invalidadas por se revelarem inconstitucionais. Desse modo, notoriamente, o processo legislativo, quando da edição de regras aplicáveis ao direito privado, deverá atender estritamente aos preceitos constitucionais, sobretudo ao conteúdo verificado

nos direitos fundamentais, que se inserem como as normas constitucionais de maior relevância.

Cumpra ressaltar que, os direitos fundamentais elencados no art. 5º da Constituição Federal de 1988 refletem aplicabilidade imediata, mas carecem de esclarecimentos no tocante a quais relações estariam sujeitas a sua eficácia, bem como a extensão dessa vinculação. Logo, ainda que consolidado o entendimento de que as normas constitucionais irradiam efeitos para o todo o ordenamento jurídico, não há como sustentar o feito somente por esse detalhe, de forma que poderia ser facilmente refutado por aqueles de opinião contrária, haja vista tratar-se de fundamentação vaga e inconsistente⁸⁶. Silva destaca que:

O texto constitucional, que dispõe que os direitos fundamentais terão aplicabilidade imediata, faz menção a uma potencialidade, à capacidade de produzir efeitos desde já. Mas a simples prescrição constitucional de que as normas definidoras de direitos fundamentais terão 'aplicação imediata' não diz absolutamente nada sobre quais relações jurídicas sofrerão seus efeitos, ou seja, não traz indícios sobre o tipo de relação que deverá ser disciplinada pelos direitos fundamentais. Prescrever que os direitos fundamentais têm 'aplicação imediata' não significa que essa aplicação deverá ocorrer em todos os tipos de relação ou que todos os tipos de relação jurídica sofrerão algum efeito das normas de direitos fundamentais.⁸⁷

⁸⁶MARTINS, T. P. Discriminação nas relações contratuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 84.

⁸⁷SILVA, V. A.da.A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Mandamentos, 2008, p. 57-58.

A existência de um texto constitucional ordenando que os direitos fundamentais tenham aplicabilidade imediata, por si só, não apresenta solução consistente para o conflito de direitos fundamentais no caso concreto, tampouco supera as discussões referentes à como se daria a eficácia desses direitos nas relações jurídicas privadas. De igual modo, não fundamenta concepções contrárias, negatórias da irradiação de efeitos dos direitos fundamentais para toda relação jurídica, ao passo que, ainda que não revele expressamente o feito, não o nega.

Por decorrência, não havendo preceito legal expresso que restrinja a sobredita eficácia, não há qualquer amparo legal que viabilize a aplicabilidade dos direitos fundamentais unicamente às relações jurídicas entre o poder público e particulares. Dessa maneira, o ordenamento jurídico brasileiro afasta a necessidade de se utilizar do conceito e valores fundamentais, ou da ordem subjetiva de valores como meio para fundamentar a incidência dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, diferentemente do que ocorre no direito alemão⁸⁸. Nesse sentido sustenta Martins:

A construção teórica dos direitos fundamentais como ordem objetiva de valores, além de desnecessária para o ordenamento jurídico brasileiro, em razão das diferenças normativas existentes entre o texto constitucional alemão e o brasileiro, em especial, por este ser dotado de maior prolixidade e maior grau de detalhamento dos direitos fundamentais, apresenta-se inadequada e perigosa, uma vez que sua utilização conduz à perda de

⁸⁸MARTINS, T. P. Discriminação nas relações contratuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 88.

racionalidade e transparência das decisões jurisdicionais.⁸⁹

Mediante a positivação de valores humanos pelo constituinte brasileiro, tais como dignidade, liberdade, democracia, igualdade e justiça, não se pode inferir que o texto constitucional impede reflexos ou afasta os valores da sociedade organizada, mormente por serem analisados na resolução de casos concretos concomitantemente com as normas constitucionais⁹⁰, cujas considerações, inúmeras vezes constitui fator determinante para a resolução do conflito. Ora, tamanha aberração jurídica seria permitir a vinculação dos indivíduos somente ao que está positivado, em desconformidade ou sem considerar os valores sociais perante aos quais se encontram inseridos. Nesse sentido, destaca Martins:

Nessa perspectiva, a irradiação dos efeitos das normas constitucionais, dentre elas, as normas de direitos fundamentais, não depende e nem necessita se assentar na existência de uma ordem objetiva de valores, tal como ocorre no ordenamento jurídico alemão. No caso brasileiro, a irradiação dos efeitos das normas constitucionais decorre do reconhecimento de sua força normativa, superioridade hierárquica e fundamentalidade, que garante a unidade do ordenamento jurídico, inclusive no que diz respeito à tutela dos direitos fundamentais, que não se restringe às relações jurídicas entre os particulares e o poder público, sendo extensível às relações jurídicas entre particulares.⁹¹

⁸⁹ Ibid., p. 89.

⁹⁰ Ibid., p. 89.

⁹¹ Ibid., p. 89.

Outro ponto a se destacar, é o fato de o ordenamento jurídico brasileiro adotar o controle misto de constitucionalidade, em que todo juízo é dotado de jurisdição constitucional, e por decorrência, possui competência para verificar a constitucionalidade das normas jurídicas infraconstitucionais no momento que ocorrer sua apreciação, como também no julgamento de casos concretos, de modo a declará-las incidentalmente inconstitucionais se verificadas em desconformidade com o texto constitucional⁹².

Contrariamente ao exposto, outros ordenamentos jurídicos optaram por escolher o controle de constitucionalidade concentrado, de forma a vincular o controle de constitucionalidade como atividade exclusiva das Cortes Constitucionais, e demandando a elaboração de teorizações que justifiquem a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, bem como que as demais questões constitucionais sejam objeto de controle jurisdicional⁹³.

Nessa perspectiva, destaca Silva:

Há ainda outra razão que tende a diminuir a importância da tese que os direitos fundamentais devem ser aplicados somente nas relações entre Estado e indivíduos ou, quando muito, apenas indiretamente às relações entre particulares por meio da reinterpretação do direito privado, a partir de valores fundamentais adotados pelo Constituinte: como já mencionado várias vezes, ao contrário do que ocorre com a Constituição alemã, que adotou, pelo menos formalmente, um modelo liberal de direitos fundamentais, a Constituição de

⁹²MARTINS, T. P. Discriminação nas relações contratuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 91.

⁹³ Ibid., p. 91 e 94.

1988, na esteira do que já acontecia pelo menos desde 1934, extrapola essa ideia por meio da previsão de uma série de outros direitos fundamentais (sociais, econômicos, dos trabalhadores, etc.) cuja razão de ser se encontra muito mais nas relações entre particulares do que na relação Estado-indivíduo.⁹⁴

Por fim, pertinente esclarecer que, não obstante a incontestabilidade da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas em virtude do reconhecimento da força normativa e superioridade hierárquica da Constituição, não significa dizer que a incidência destes preceitos nas relações jurídicas entre particulares se fará de igual modo ao que se verifica nas relações jurídicas entre o poder estatal e os indivíduos, isto é, de forma direta, absoluta e sem intermediação legislativa.

Desse modo, tecidas as considerações iniciais, imprescindível se verifica uma análise que possibilite delimitar a extensão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, o que deve ser feito mediante a criação de teorizações diferenciadas, cuja realidade se manifesta compatível com o sistema constitucional brasileiro⁹⁵.

4.1 A necessidade de novas interpretações sobre as teorias dos direitos fundamentais

Não obstante a adoção de algumas das teorias já trabalhadas em sistemas jurídicos diversos, limitar-se a

⁹⁴SILVA, V. A. da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Mandamentos, 2008, p. 138-139.

⁹⁵MARTINS, T. P. Discriminação nas relações contratuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 94.

somente uma maneira de interpretar as vertentes da eficácia dos direitos fundamentais mostra-se irrazoável, Resta-se robusta a impossibilidade de uma teorização exclusiva definir como se dará a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, notadamente para a solução do caso concreto quando do conflito de tais direitos.

Jamais será possível elencar todas as relações jurídicas que possam envolver particulares, sobretudo porque de ambos os lados se terá sujeitos detentores de direitos fundamentais, os quais possivelmente entrarão em conflito em um dado momento. Assim, mais complexo do que delimitar as relações privadas que possam vir a se concretizar, verifica-se a previsão de quais os direitos fundamentais podem se colidir.

Ademais, diversos doutrinadores enfatizam que, embora a diversidade de teorias tendenciosas a solucionar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, possuindo marcos iniciais divergentes, há grande semelhança nos resultados finais.

Destaca Andrade:

A análise concreta das soluções resultantes das diversas posições defendidas mostrava que as teorias, para além de estarem de acordo quanto à existência de uma vinculação, surgiram mitigadas, procurando cada uma conciliar ou adaptar sua tese central com os princípios ou situações que eram, afinal, os que fundavam a argumentação das outras. Por vezes todas as teorias, partindo de pressupostos distintos ou operando por vias diversas, chegavam ao mesmo resultado prático.⁹⁶

⁹⁶ANDRADE, J. C. V. de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3ª. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 239.

Em vista disso, faz-se necessário criar uma teorização que compreenda o tema de maneira dinâmica, permitindo a adoção de soluções diferenciadas, ao passo que poderá ser aplicada em todo caso concreto, sem desconsiderar as especificidades de cada um, superando a concepção dicotômica de que ou a eficácia se fará imediata ou mediata⁹⁷.

4.2 Superação da visão dicotômica entre eficácia imediata ou mediata dos direitos fundamentais

A necessidade de se acabar com uma concepção taxativa apta a resolver integralmente a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, decorre especificamente da necessidade da análise de cada concreto, como também de suas particularidades. Dessa forma, o entendimento de que os direitos fundamentais emergem eficácia imediata ou mediata nas relações jurídicas privadas não devem ser vistos como interpretações incompatíveis e excludentes⁹⁸.

Em virtude da posição privilegiada conferida aos direitos fundamentais oriunda de sua superioridade hierárquica, haja vista o fenômeno da constitucionalização do direito privado, as demais normas jurídicas integrantes do ordenamento jurídico deverão sempre estar em conformidade com o seu conteúdo, assim com o das demais normas constitucionais. Desse modo, mediante a multifuncionalidade e pluralidade de funções que os

⁹⁷SILVA, V. A. da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Mandamentos, 2008, p. 134.

⁹⁸MARTINS, T. P. Discriminação nas relações contratuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 94.

direitos fundamentais exercem, essa visão dicotômica merece ser superada⁹⁹¹⁰⁰.

Salienta Canotilho:

[...]o problema da eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada tende hoje para uma superação da dicotomia eficácia mediata/imediata a favor de soluções diferenciadas. Essa eficácia, para ser compreendida com rigor, deve ter em consideração a multifuncionalidade e pluralidade de funções dos direitos fundamentais, de forma a possibilitar soluções diferenciadas e adequadas, consoante o referente direito fundamental que estiver em causa no caso concreto.¹⁰¹

Preliminarmente, as teorias possuíam o enfoque de discutir a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas. Conquanto, essa questão inaugural resta-se pacificada, e o cerne da questão passa a envolver como se dará a irradiação destes direitos mediante o conflito entre os direitos fundamentais e a autonomia privada¹⁰².

Assim como o direito público possui principiologia própria, o direito privado também a possui, cuja observância não poderá ser integralmente mitigada com a incidência dos direitos fundamentais. Quando da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, a

⁹⁹ Ibid., p. 95.

¹⁰⁰SILVA, V. A. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Mandamentos, 2008, p. 41.

¹⁰¹CANOTILHO, J. J. G. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2006, p. 1208-1209.

¹⁰²MARTINS, T. P. Discriminação nas relações contratuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 96.

autonomia privada e a liberdade contratual deverão ser resguardadas, visto que se revelam os princípios básicos do direito privado, bem como o enfoque dos negócios jurídicos¹⁰³.

Nessa perspectiva, de forma a garantir simultaneamente a aplicabilidade dos direitos fundamentais, como também a autonomia privada e a liberdade contratual nas relações jurídicas privadas, indispensável se torna a atividade legislativa, que impedirá o exercício abusivo da autonomia privada em detrimento dos direitos fundamentais¹⁰⁴.Silva preleciona a respeito do tema:

A existência de um Código Civil, cujas normas tem, em geral, a estrutura de regras, impede, prima facie, uma aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares. Os efeitos desses direitos chegam às relações jurídicas entre particulares via indireta, isto é, para usar a expressão de DURIG, por meio do direito privado. O direito privado deve servir, nesse caso, de transporte para os direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares, o que exige, portanto, uma interpretação dos dispositivos jusprivados sempre tendo com base os princípios constitucionais.¹⁰⁵

No entanto, notadamente, a atividade legislativa não conseguirá sempre proceder ao feito supramencionado. Partindo da premissa de que é

¹⁰³MARTINS, T. P. Discriminação nas relações contratuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 96.

¹⁰⁴ Ibid., p. 96-97.

¹⁰⁵SILVA, V. A.da.A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Mandamentos, 2008, p. 121.

impossível a contemplação de todos os conflitos possíveis entre direitos fundamentais, vincular toda e qualquer limitação à eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas ao exercício de uma atividade legislativa torna-se equivocado¹⁰⁶.

Assim, verificada omissão legislativa ou não podendo afirmar a onisciência da norma jurídica de direito privado, competirá aos órgãos jurisdicionais o desempenho de tal função¹⁰⁷, de forma a reconhecer a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre privadas, mediante a análise das especificidades de cada caso concreto¹⁰⁸.

Nessa contextualização, a aplicação exclusiva da eficácia mediata dos direitos fundamentais se verifica insuficiente, e por consequência, em virtude da omissão legislativa, relações jurídicas privadas estariam desprotegidas, estando sujeitas a qualquer manifestação da autonomia privada, dando margem para condutas abusivas. Ora, pelo princípio da separação dos poderes os órgãos jurisdicionais estariam impedidos de qualquer atuação¹⁰⁹.

Conforme destaca Martins:

Nessas situações, em que o legislador for omissivo, uma vez que não é plausível acreditar ou confiar em sua onisciência, os

¹⁰⁶SOMBRA, T. L. S. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: safe, 2004, p. 168.

¹⁰⁷MARTINS, T. P. Discriminação nas relações contratuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 97-98.

¹⁰⁸BÖCKENFÖRDE, E.-W. Escritos sobre derechosfundamentales. Tradução de Juan LuisRequejoPagés e Ignacio VillaverdeMenéndez. Nomos: Baden-Baden, 1993.

¹⁰⁹NOVAIS, J. R. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. In: SARMENTO, D. A. D. M. (Org.) A Constitucionalização do Direito. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007, p. 360.

órgãos jurisdicionais assumirão a função de concretizar o conteúdo dos direitos fundamentais no âmbito daquela relação jurídica entre particulares, mediante a interpretação das cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, pela interpretação das normas jurídicas de direito privado vigentes em conformidade com o texto constitucional, ou, inclusive, pela aplicabilidade direta do conteúdo dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, em razão de sua dimensão objetiva e seu efeito irradiador.

As teorias da eficácia mediata e imediata dos direitos fundamentais não devem ser vislumbradas como entendimentos incompatíveis e isolados, mas como construções teóricas compatíveis e complementares¹¹⁰, ao passo que, quando uma teoria se verificar frustrada e insuficiente a outra será aplicada, de maneira a harmonizar a incidência dos preceitos fundamentais e da autonomia privada nas relações jurídicas privadas.

Ademais, as teorias não podem ser defendidas como se corretas fossem, excluindo as demais¹¹¹. Não há outra solução para o desenvolvimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas senão o reconhecimento simultâneo da existência de divergentes formas de eficácia, as quais além de produzir resultados compatíveis¹¹², serão adotadas em momentos distintos, a depender do caso concreto¹¹³. Nesse contexto, corrobora Martins:

¹¹⁰MARTINS, T. P. Discriminação nas relações contratuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 99.

¹¹¹VALE, A. R. do. Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas. 1ª. ed. Porto Alegre: safe, 2004, p. 95.

¹¹²MARTINS, T. P. Discriminação nas relações contratuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 100.

¹¹³ Ibid., p. 99.

Para Alexy, a questão dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas se reduz, em última instância, ao conflito entre princípios ou bens constitucionais e, portanto, a uma questão de ponderação, na qual o mais relevante não é o como, mais sim, o resultado a ser alcançado, qual seja, o reconhecimento de que os direitos fundamentais são eficazes nas relações jurídicas entre particulares. Destaca Alexy, todavia, que por mais que os resultados sejam equivalentes, independente da construção teórica adotada, tal fato não torna desnecessário o estudo da eficácia dos direitos fundamentais, dado a necessidade de se construir um modelo lógico que compatibilize e harmonize os principais contributos de cada uma das construções teóricas desenvolvidas, bem como seus aspectos mais relevantes, com o desiderato de tornar transparente e racional o processo hermenêutico de incidência de preceitos de direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, observando, caso a caso, as especificidades fáticas e jurídicas, bem como o direito fundamental em questão.¹¹⁴

Desse modo, a adoção de um sistema misto de constitucionalidade, como no ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam difusos e concentrados, acabam por superar a dicotomia existente entre a eficácia direta e indireta dos direitos fundamentais. Se todos os juízos se veem voltados de determinada jurisdição de constitucionalidade, na perspectiva de interpretar as normas jurídicas em conformidade ao texto constitucional, afastando aquelas que manifestarem inconformidade a tais

¹¹⁴MARTINS, T. P. Discriminação nas relações contratuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 99-100.

preceitos, verifica-se que, toda e qualquer relação jurídica privada deverá ser enquadrada aos moldes constitucionais, independentemente da teoria aplicada, seja direta ou indireta¹¹⁵.

Dessarte, se valendo de uma ou outra teoria, o resultado produzido se revelará o mesmo, isto é, que os direitos fundamentais possuem eficácia sobre as relações jurídicas privadas. A diferença apenas consiste no fato de que em uma, a irradiação se verifica pela própria atividade legislativa, em que se densifica o conteúdo dos direitos fundamentais nas normas de direito privado, e noutra que a aplicabilidade se dará mediante o exercício dos órgãos jurisdicionais, que interpretará o caso concreto em conformidade com o texto constitucional.

Ambos os poderes possuem o dever de garantir a força normativa e superioridade hierárquica da Constituição, inclusive da irradiação de seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, cada qual a sua maneira. O legislativo, na elaboração de normas jurídicas que densifique os preceitos fundamentais. O judiciário, na apreciação e julgamento de litígios jurídicos privados em concordância ao texto constitucional. O executivo, asseverando executoriedade às normas jurídicas vigentes, se verificadas constitucionais¹¹⁶.

Pertinente ressaltar que, o reconhecimento da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas no Brasil é mitigada, bem como excepcional, haja vista as particularidades conferidas ao ordenamento jurídico respectivo, sobretudo da exposição contida na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a qual preceitua o dever estatal de valer da

¹¹⁵ Ibid., p. 101.

¹¹⁶ Ibid., p. 104.

analogia, costumes, e princípios gerais de direito diante de uma lei omissa para decidir o caso concreto¹¹⁷.

4.3 O princípio da competência decisória

Diante da afirmativa de que ambos os poderes se revelam competentes para garantir a irradiação das normas constitucionais para todo o ordenamento jurídico, algumas considerações a respeito do princípio da competência decisória merecem ser tecidas.

Quando da criação de normas jurídicas infraconstitucionais, oriundas da atuação do poder legislativo, o respeito aos preceitos constitucionais deve ser estritamente observado, sendo que, por conseguinte, em sua maioria, as normas jurídicas já possuem o conteúdo dos direitos fundamentais densificado.

Diante desse cenário, os órgãos jurisdicionais não podem atuar como se o ordenamento jurídico se fizesse composto somente de princípios, de forma que toda a concretização dos direitos fundamentais, bem como das demais normas constitucionais fossem absolutamente de sua competência, ignorando a atividade legislativa¹¹⁸.

Verificada a existência das regras, estas merecem ser aplicadas. Desse modo, apenas caberá uma discussão de sua constitucionalidade frente ao poder judiciário, caso se verifique alguma irregularidade. Sem prejuízo, a atividade jurisdicional, da mesma maneira que irá tutelar os direitos fundamentais, não poderá esquecer de garantir proteção a autonomia privada e a liberdade contratual, que também são respaldadas constitucionalmente.

As liberdades individuais imprescindíveis a permitir que os particulares possam desenvolver sua

¹¹⁷ Ibid., p. 105.

¹¹⁸ MARTINS, T. P. Discriminação nas relações contratuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 106.

personalidade, mediante o exercício de sua capacidade de autodeterminação, garantindo sua dignidade, se verificam amplamente resguardadas nos sistemas constitucionais modernos¹¹⁹. Assim, as normas jurídicas de direito privado identicamente devem ser respeitadas, de modo que sua principiologia garantia aos particulares certa margem de decisão no âmbito de suas relações jurídicas¹²⁰.

Por fim, os direitos fundamentais, irrefutavelmente, possuem eficácia nas relações jurídicas privadas, mas esta não poderá se manifestar de forma direta e absoluta em detrimento da autonomia privada e liberdade contratual, que também estão asseguradas constitucionalmente¹²¹. No âmbito dessas relações, a incidência dos direitos fundamentais vem para impedir a atuação abusiva da principiologia básica aplicável às relações contratuais, mas não para coibir o seu exercício.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Das discussões a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, originaram diversas construções teóricas que, ainda partindo de marcos iniciais distintos, revelam um resultado final semelhante. Desta feita, cada uma das teorias abordadas trouxe pertinentes contribuições para a desenvoltura da teoria dos direitos fundamentais.

O fenômeno da constitucionalização do direito privado contribuiu de forma significativa para o desenvolvimento dessa teoria, haja vista a consolidação do entendimento de que a Constituição é dotada de forma normativa, mormente superioridade hierárquica. Nesse

¹¹⁹SARMENTO, D. apud MARTINS, T. P. Discriminação nas relações contratuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 108.

¹²⁰MARTINS, T. P. Discriminação nas relações contratuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 108.

¹²¹ Ibid., p. 107.

cenário, a concepção clássica dos direitos fundamentais, cuja interpretação se resumia em conferir a eficácia de tais direitos somente no âmbito das relações jurídicas entre o poder estatal e particulares, resta-se combatida.

Ao se reconhecer expressamente a superioridade hierárquica do texto constitucional, simultaneamente se afirma que as normas constitucionais irradiam seus efeitos para todo o ordenamento jurídico, isto é, para todas as normas jurídicas infraconstitucionais, independentemente da contextualização de normas de direito público ou privado.

Preliminarmente, as teorias abordadas se fizeram voltadas para admitir ou negar a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre os particulares. Contudo, hodiernamente, o enfoque se resume em teorizações que possuem como cerne a delimitação da extensão da eficácia dos preceitos fundamentais nestas relações. Ora, negar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas seria o mesmo que afastar a superioridade hierárquica das normas constitucionais.

Nesse diapasão, faz-se necessário a superação da visão dicotômica entre a eficácia imediata ou mediata dos direitos fundamentais, de modo que não se vislumbrem como excludentes e incompatíveis, mas como compatíveis e complementares. O cenário atual carece de novas teses que permitam o reconhecimento de formas dessemelhantes de eficácia, as quais serão aplicáveis em momentos diversos, a depender do caso concreto. Dessarte, torna-se evidente que ambos os poderes possuem o dever de proteger e assegurar a irradiação constitucional para toda e qualquer relação jurídica, cada qual a sua maneira e de forma a não extrapolar sua competência, em observância ao princípio da separação dos poderes.

Pertinente dizer que, embora os direitos fundamentais irradiem efeitos para as relações jurídicas privadas, tamanha aberração jurídica seria permitir sua

eficácia direta e absoluta nessas relações, semelhantemente a eficácia conferida a tais direitos no âmbito das relações jurídicas entre o poder público e particulares. Não se pode esquecer que assim como o direito público, o direito privado também é detentor de uma principiologia básica, cuja finalidade é o regimento das relações contratuais.

Desse modo, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas não pode impedir o exercício da autonomia privada e da liberdade contratual, mas, contrariamente, possuem a finalidade de coibir o seu exercício abusivo, e impedir qualquer violação aos direitos fundamentais dos particulares envolvidos na relação jurídica.

Por fim, no cenário brasileiro, em razão das especificidades conferidas ao ordenamento jurídico respectivo, a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas se revela restrita, posto que as diretrizes brasileiras impõem o dever estatal de se valer da analogia, costumes e princípios gerais do direito como fatores determinantes para a decisão de um caso concreto, quando verificada uma omissão legislativa.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014.

ANDRADE, J. C. V. de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3ª. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

BÖCKENFÖRDE, E.-W. Escritos sobre derechos fundamentales. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Nomos: Baden-Baden, 1993.

CANARIS, C.-W. Direitos fundamentais e direito privado. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. G. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2006.

DIMOULIS, D.; MARTINS, L. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DÜRIG, G. Grundrechte un Zivilrechtsprechung. In: MAUNZ, T. Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung: Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky. München: Isar Verlag, 1956.

HESSE, K. Derecho Constitucional y Derecho Privado. Tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Civitas, 1995.

LEISNER, W. Grundrechte und privatrecht. Munique: Beck, 1960.

LENZA, P. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, H. Efeitos horizontais dos direitos fundamentais. [S.l.].

LUÑO, P.; ENRIQUE, A. Los derechos fundamentales. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

MAC CRORIE, B. F. D. S. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.** Coimbra: Almedina, 2005.

MARTINS, T. P. Discriminação nas relações contratuais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

NIPPERDEY, H. C. Direitos Fundamentais e Direito Privado, Waldir Alves (Trad.). In: HECK, L. A. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: safE, 2012.

NOVAIS, J. R. Os direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. In: SARMENTO, D. A. D. M. A Constitucionalização do Direito. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007.

SANCHIS, L. P. Estudios sobre derechos fundamentales. Madrid: Debate, 1994.

SARMENTO, D. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2006.

SILVA, V. A. da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Mandamentos, 2008.

SOMBRA, T. L. S. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais. Porto Alegre: safE, 2004.

STERN, K. Derecho del Estado de La Republica Federal Alemana. Tradução de Javier Perez Royo e Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

TEPEDINO, G. Normas constitucionais e relações privadas na experiência das cortes brasileiras. Revista

Themis, Curitiba, Centro Acadêmico Hugo Simas, p. 21-29, 2008.

VALE, A. R. do. Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas. 1ª. ed. Porto Alegre: safE, 2004.

ISBN: 978-85-434-1588-8



Universidade de Itaúna
Programa de Pós-Graduação em Direito
Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais

