



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade das Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

THIAGO SANTOS LEAL

A CONSTITUIÇÃO COMO MARCO REGULATÓRIO DAS RELAÇÕES VIRTUAIS

**Brasília
2012**

THIAGO SANTOS LEAL

A CONSTITUIÇÃO COMO MARCO REGULATÓRIO DAS RELAÇÕES VIRTUAIS

Monografia referente ao trabalho de conclusão do curso de graduação em Direito, a ser apresentado no Núcleo de Pesquisa e Monografia (NPM) do Curso de Direito do UniCEUB.

Orientadora: Prof.^a Christine Oliveira Peter.

**Brasília
2012**

THIAGO SANTOS LEAL

A CONSTITUIÇÃO COMO MARCO REGULATÓRIO DAS RELAÇÕES VIRTUAIS

Monografia referente ao trabalho de conclusão do curso de graduação em Direito, a ser apresentado no Núcleo de Pesquisa e Monografia (NPM) do Curso de Direito do UniCEUB.

Orientadora: Prof.^a Christine Oliveira Peter.

Brasília, ____ de _____ de 20__.

Banca Examinadora

Orientador (a)

Examinador (a)

Examinador (a)

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus, por ter me dado a vida e permitir que tantas coisas boas me acontecessem nesses últimos anos; à minha mãe, que por todo esforço e dedicação em minha criação me deu o maior exemplo que tenho nesta vida; à minha orientadora Christine Peter, que nunca permitiu que eu me levasse pelo desespero e me deu liberdade para criar o trabalho que neste momento entrego.

“A constituição converte-se em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional, não só a vontade de poder, mas também a vontade de constituição.” (KONRAD HESSE, 1959).

RESUMO

LEAL, Thiago Santos. A Constituição como marco regulatório das relações virtuais. 2012. 40 fls. Trabalho de conclusão de curso, graduação em Direito – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2012.

Monografia sobre a problemática da verificação da eficácia da Constituição e dos Direitos Fundamentais nas relações virtuais, tendo por causa o avanço da tecnologia. Em razão de ser o Brasil um Estado Constitucional, os Direitos Fundamentais constituem uma realidade no ordenamento jurídico pátrio, sendo sua defesa algo incontestável sob qualquer ponto de vista. Entretanto, com o avanço da tecnologia, a internet tem se mostrado uma ferramenta perigosa, capaz de gerar danos e sem um tratamento mais específico do Direito. Desta forma, constata-se que a internet não pode ser um território livre de jurisdição e que o chamado Direito Digital é uma ferramenta importante do próprio Direito para garantir a aplicabilidade de seus princípios gerais também nas relações virtuais. No tocante aos Direitos Fundamentais, verifica-se que o nascente Direito Digital deve ter um cuidado especial, uma vez que estes são os mais violados em razão da liberdade de expressão sem limites que a rede gera. Desta forma, busca investigar os institutos gerais do Direito também nas relações entre indivíduos no meio virtual. Dessa maneira, busca-se demonstrar a força da Constituição como Lei Maior do ordenamento jurídico e sua validade também em meio virtual, bem como no tocante aos Direitos Fundamentais e sua aplicabilidade.

Palavras chaves: Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Internet. Direito Digital. Eficácia da Constituição.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1. DO ESTADO CONSTITUCIONAL	11
1.1. Do dualismo entre Estado e Direito:	11
1.1.1. Das diferentes concepções de Estado	12
1.1.2. O Direito como ferramenta regulatória do Estado	17
1.2. Do Estado de Direito	19
1.2.1. O Estado Liberal de Direito	21
1.2.2. O Estado Social de Direito	24
1.2.3. O Estado Democrático de Direito	25
1.3. Do Estado de Direito ao Estado Constitucional	29
2. UMA NOVA SOCIEDADE DIGITAL E AS DIFICULDADES DO DIREITO FRENTE ÀS NOVAS TECNOLOGIAS	35
2.1. A Internet como um “Território Livre”	35
2.2. O Direito Digital	39
2.2.1. O nascimento do Direito Digital	40
2.2.2. A evolução do Direito Digital	45
2.3. A possibilidade de regulamentação administrativa da internet	50
3. A CONSTITUIÇÃO COMO MARCO REGULATÓRIO DAS RELAÇÕES VIRTUAIS	54
3.1. Do Estado das regras ao Estado de princípios e garantias fundamentais	54
3.1.1. Do Positivismo Jurídico	56
3.1.2. Dos Direitos e Garantias Fundamentais	61
3.2. A Constituição como marco regulatório das relações virtuais	66
CONCLUSÃO	70
REFERÊNCIAS	72

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar, sob um prisma mais atual, a “nova era virtual”, onde a internet se mostra, concomitantemente, como uma ferramenta eficaz de globalização, interligando as pessoas em qualquer lugar do mundo de forma imediata, mas por outro lado, como um problema nunca esperado para o profissional do direito, que se vê obrigado a lidar com toda essa realidade nova e a infinidade de problemas, em abstrato, que este novo meio virtual pode gerar.

Sendo a internet uma realidade e sua evolução algo, em um primeiro momento, incontrolável ao direito, surge um receio de que as normas não fossem mais capazes de controlar a sociedade, uma vez que a comunicação sem fronteiras ganha um valor inestimável neste “Novo Mundo” e o Direito, que outrora se preocupou com valores, criando direitos e garantias fundamentais ao seu desenvolvimento, tornou-se retrógrado em frente à esta sociedade contemporânea, e essas garantias são colocadas em segundo plano. O que se indaga, então é: o que fazer para garantir a eficácia destes direitos? O que, na verdade, significaria perguntar: o que fazer para garantir a eficácia da própria Constituição como elemento basilar do ordenamento jurídico nacional?

A Constituição Federal de 1988 dá um destaque especial aos direitos essenciais do indivíduo elencando-os no artigo 5º, para que aqueles direitos ditos fundamentais sejam permanentemente tutelados, sendo tal tutela resultado direto da evolução do próprio Direito que, incorporando-se ao seu conceito o social, passa a dar atenção maior ao indivíduo.

Deve se ter em mente, sobretudo, a importância da existência desses direitos ditos fundamentais, sobretudo aqueles trazidos no inciso X do artigo 5º da Carta Magna que, ao mesmo tempo em que impõe a inviolabilidade dos direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, também determina que da violação destes surge o direito à indenização por parte da vítima. Mas o que acontece com tão belas garantias quando o ser humano parece mais interessado em uma forma de comunicação sem qualquer limite – que,

ironicamente, também é um direito fundamental constitucional – e se preocupa cada vez menos com conceitos como intimidade ou vida privada?

A mudança da mentalidade dos indivíduos reflete também na questão da efetividade e coercitividade do Direito. Não é nenhum segredo que o avanço da internet gerou problemas para as principais sociedades, que não conseguem adaptar parte de sua legislação para enfrentar esta nova realidade, permitindo que os usuários da rede sintam que podem fazer atos ilícitos impunemente, pela incapacidade de muitos Estados em manter um controle rigoroso em relação ao que é postado virtualmente.

O Brasil, por exemplo, não conseguiu desenvolver cientificamente uma doutrina unificada e consistente no chamado Direito Digital, mesmo com a eclosão de juristas escrevendo inúmeros livros e artigos que têm por objetivo chamar a atenção para o assunto.

Nos Tribunais, essa matéria ainda causa muita polêmica e são poucos os casos que conseguiram gerar algum precedente forte no âmbito dos Tribunais Superiores. O que se observa, no dia a dia, são juízes despreparados para lidar com algumas situações que podem surgir no mundo virtual e a dificuldade destes em julgar com a legislação pátria, tendo que recorrer por diversas vezes à analogia para proferirem sua decisão, nem sempre acertando nesta escolha.

Se observarmos que - por pesquisa realizada pela F/Nazca em 30.11.2010 - o Brasil já conta com 81,3 milhões de internautas, dos quais 57% postam conteúdos de autoria própria na internet, faz-se mister uma atenção especial do Direito a esta nova realidade, sobretudo quanto a aplicabilidade das normas mais elementares de nosso ordenamento jurídico neste “novo território”. É importante, sim, criar novas normas que possam alcançar a internet e seus usuários mas, é ainda mais importante, garantir a efetividade de normas já existentes, que são pilares em nosso ordenamento, também no meio virtual.

Considerando-se os números acima, observa-se que aproximadamente 46,5 milhões de brasileiros postam, diariamente, fotos, textos,

vídeos e qualquer outro material de autoria própria. Sem um controle rígido e específico – o que é impossível, quando se trata da internet – não há como garantir que esse material disponibilizado para milhões de usuários em todo o mundo não vá causar algum dano a alguma pessoa ou instituição. É um risco que sujeita a todos indistintamente, e que pode gerar um caos se não criarem ferramentas de controle, protetivas e inibitórias, com o fim e evitar que os danos causados por este usuário se estendam, gerando prejuízos *ad eternum*.

É neste ponto que entra a importância deste trabalho, que tem por objetivo buscar, em nosso ordenamento e na doutrina, ferramentas úteis aos juízes no manejo dos problemas advindos da internet. Afinal, a rede social já é uma realidade em nossa comunidade e é capaz de gerar prejuízos, individuais e coletivos, se não for controlada pelo Direito, que já tem “armas” suficientes para garantir a evolução dessas tecnologias sem que as pessoas sintam-se desprotegidas, em um território anárquico.

Para tanto, parte-se de uma problemática simples, mas em voga nesta atual conjuntura: é necessário um novo conjunto de regras que vise regulamentar por completo a internet? Para responder tal questão, o trabalho será realizado por meio de uma metódica jurídica que envolve uma perspectiva analítica do Direito, produzindo-se um relatório de pesquisa dedutivo, utilizando-se do tipo de pesquisa instrumental, com enfoque, sobretudo, na doutrina, fonte primordial para se chegar ao objetivo final do trabalho: uma resposta satisfatória e facilmente aplicável ao problema proposto.

No primeiro capítulo se estabelecerá os conceitos básicos para que se entenda a importância das normas constitucionais conflitantes, entendendo, para tanto, o valor e o poder da Constituição. A forma de se alcançar tal objetivo é pelo estudo da evolução do Estado de Direito para o Estado Constitucional, perpassando por todas as fases do Estado de Direito e compreendendo quais elementos foram se incorporando a este conceito tão elementar do próprio direito.

Seja em sua fase liberal, social ou democrática, o Estado de Direito só incorporava os conceitos e princípios que eram mais necessários e que mais

clamava a sociedade, havendo a necessidade de toda uma compreensão do momento histórico e dos fatores importantes para a mudança da forma de se ver o direito, chegando ao ponto de substituir uma visão mais liberal e positivista do direito por um novo conceito de jurisdição, uma jurisdição constitucional, quem tem a Constituição como pilar, tendo por base a legalidade substancial, onde as leis existem em conformidade da própria Constituição.

O segundo capítulo tem por finalidade fazer uma análise acerca da internet, seu conceito, os ideais por trás da rede e as implicações destes ideais para o direito. Neste ponto faz-se necessário uma análise mais detalhada da própria evolução da internet, desde seu surgimento até os dias atuais, perpassando por cada etapa que os internautas passaram e compreender quais conceitos foram sendo incorporados à rede, e quais as expectativas de seus usuários, para assim tentar entender qual deve ser o papel do Direito nesta nova realidade social e como se deve exercer algum tipo de controle sobre a internet e os conflitos que ela pode gerar numa sociedade pacífica.

Por fim, no terceiro capítulo, aproveita os estudos realizados nos capítulos anteriores para destrinchar a teoria de que a melhor forma de se exercer um controle sobre a internet seria utilizando a própria Constituição, não como livro máximo do ordenamento jurídico pátrio, mas sim como um princípio em si mesma, como um conjunto de princípios diretivos de todas as situações jurídicas plausíveis, quer seja no “mundo real” ou virtual. Basicamente, se demonstrará a força normativa da Constituição e como ela se efetiva por si só, sem a necessidade de se criar um ordenamento jurídico próprio para a questão envolvendo a internet.

1. ESTADO CONSTITUCIONAL

1.1. Dos Conceitos elementares: Estado e Direito.

O ponto de partida do presente estudo reside em uma afirmação inquestionável do ordenamento jurídico brasileiro, presente inclusive no primeiro artigo da Constituição Federal de 1988 e que dá todas as diretrizes de toda a ordem jurídica estabelecida em território pátrio: “o Brasil é um Estado Democrático de Direito”.

Amplamente difundida em manuais e salas de aulas dos diversos cursos de direito espalhado pelo território nacional, esta percepção de ser um Estado Democrático de Direito ultrapassou a barreira fática e se tornou um dogma a ser seguido fielmente por todo profissional do direito como uma máxima inquestionável.

O problema de qualquer máxima surge quando se tenta explicá-la, justificando sua existência por si só, tornando-a um mero argumento de autoridade. O caso em questão é ainda mais problemático em razão de que, tal conceito, o de “Estado de Direito” é, por vezes inócuo, em razão da falta de compreensão - por aquele que tenta explicá-lo - de todos os elementos que o compõe, jurídica e historicamente.

O Brasil é um Estado de Direito, aliás, como se demonstrará adiante, o Brasil é um Estado Constitucional, e não é o objetivo deste trabalho questionar tal fato. O que se propõe aqui é analisar criticamente qual a decorrência desta afirmação. No que interfere o fato do Brasil ser um Estado de Direito nas relações virtuais? Até chegar a este ponto, entretanto, é necessário seguir cada passo analisando cada um dos conceitos em que esta questão esbarra.

O que se pretende neste primeiro momento, então, tendo por objetivo a real definição de “Estado de Direito”, é exatamente estabelecer premissas básicas a este dogma da doutrina brasileira, entendendo seus elementos, sua evolução no tempo e no espaço, perpassando por cada teoria que tentou explicá-lo,

até chegar a uma concepção de Estado de Direito que incorpore os elementos socioculturais, geográfico e temporal.

Para tanto, o ponto do qual se deve partir é fazer uma interpretação histórico-analítica do conceito norteador proposto, desmembrando-o em seus dois principais elementos, buscando uma compreensão dos conceitos de “Estado” e de “Direito” independentemente, conseguindo, desta forma, um entendimento mais amplo da questão inicialmente posta. Parte-se, portanto, em um primeiro momento, do geral, para compreender os conceitos específicos que o compõem, retornando assim ao conceito geral, em um trabalho eminentemente lógico.

1.1.1. Das diferentes concepções de Estado

Para a compreensão do significado do termo “Estado”, utiliza-se, em um primeiro momento, um conceito meramente histórico-geográfico, podendo este ser entendido como sendo “uma nação politicamente organizada, com um povo, um território e um governo”, destacando-se desta definição os elementos constitutivos do Estado, quais sejam, população, território e soberania.¹

Um destes elementos, entretanto, se sobrepõe aos outros, ganha destaque por parte de inúmeros juristas e dá contornos jurídicos ao conceito de Estado, sendo tal elemento o Governo/Soberania. Qualquer que seja a teoria utilizada para justificar o surgimento do Estado, todas elas fazem uma análise do Estado como intrinsecamente ligado ao Direito, muitas vezes confundindo os dois conceitos.

É a interdependência e compenetração que Alessandro Groppali afirma existir entre ambos.² O Estudo do Direito não pode ser completo se não for feito sob o crivo do conceito de Estado e seus fins, uma vez que a própria existência do Direito subordina-se a um Estado – em pleno exercício de seu poder político – que é organizado e encontra limites ao exercício de seu poder no próprio Direito, é o que se observa nas palavras de Groppali:

¹ COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 61/62.

² GROPPALI, Alessandro. **Doutrina do Estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1952. p. 168.

“Nem o Direito é qualquer coisa que está por si mesmo, fora e acima do Estado, uma vez que ele representa o procedimento e a forma através dos quais o Estado se organiza e dá ordens; nem o Estado, por outro lado, pode agir independentemente do Direito, porque é através do direito que ele forma, manifesta e faz atuar sua própria vontade”³.

A compreensão de que o Direito surge do poder do Estado e nele se justifica é primordial para elucidar a primeira questão do presente estudo. Este é o objetivo deste tópico, a compreensão de que somente o Estado detém o monopólio do poder, sendo este exercido por meio da violência física legítima.⁴ Pior ainda é notar que a justificativa da existência do Estado nasce de um pensamento cíclico no qual este surge para obter o monopólio do poder – evitando assim que os homens vivam em total selvageria – que o utiliza, por meio da força legítima, para se manter com este monopólio.

Ainda que bem reducionista, entender essa visão sobre o Estado e sua manutenção é de fundamental importância para compreender o surgimento do Direito, sua função e a ideia de um Estado de Direito, que busca, primordialmente, a “racionalização ou institucionalização deste poder”. Ou seja, dando uma interpretação jurídica ao conceito histórico-geográfico de Estado trazido anteriormente, é possível se afirmar que “o Estado é a comunidade humana que, dentro de um determinado território, reclama (com êxito) para si o monopólio da violência física legítima”⁵.

Outra definição de Estado que deixa claro o exercício de seu poder é a trazida por Marcelo Caetano quando este afirma que Estado “é um povo fixado num território, de que é senhor, e que dentro das fronteiras desse território institui, por autoridade própria, órgãos que elaborem as leis necessárias à vida coletiva e imponham a respectiva execução”⁶.

Aqui, nas palavras de Caetano, fica claro o poder do Estado na parte final de sua afirmativa, já servindo de introdução também, de certa forma, ao nosso próximo tópico, uma vez que o poder ali representado é o poder de legislar. Esta ideia de Caetano – desenvolvida bem antes da constituinte de 1988, transparece a

³ GROPPALI, Alessandro. **Doutrina do Estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1952. p. 168.

⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 62.

⁵ Idem. *Ibidem*.

⁶ CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 158.

importância que o autor dá ao chamado “poder político”, que nada mais é do que o poder do Estado que aqui fora estabelecido.⁷

Concluindo a noção de Estado trazida por Caetano, faz-se mister expor seu conceito de “poder político”, ao qual define como sendo “a faculdade exercida por um povo de, por autoridade própria (não recebida de outro poder), instituir órgãos que exerça o senhorio de um território e nele criem e imponham normas jurídicas, dispondo dos necessários meios de coação”⁸.

E não há como se falar em Estado e nessa multiplicidade de conceitos que o permeia sem citar aquela que provavelmente é a maior autoridade em Teoria Geral do Estado objetivando um conceito jurídico do mesmo: Hans Kelsen. É exatamente deste ponto, da divergência de conceitos para definir o que é Estado, que se inicia seu estudo sobre este instituto na obra “Teoria Geral do Direito e do Estado”⁹.

O jurista austríaco dá início a sua Teoria Geral do Estado exatamente ao decidir estudar o Estado de um ponto de vista jurídico, deixando de lado todas as outras conotações que o termo pode ter dependendo do uso que seu interlocutor dê à palavra.¹⁰ “O Estado, então é tomado em consideração apenas como um fenômeno jurídico, como uma pessoa jurídica, ou seja, como uma corporação”, inicia assim Kelsen a sua definição de Estado, complementando então que, de tal afirmativa, a única problemática a ser resolvida “para se compreender o Estado é a definição anterior que tenhamos de corporação e a compreensão de como ele se difere das outras corporações, devendo essa diferença ser encontrada na ordem normativa que constitui a corporação do Estado”¹¹.

Essa é a pedra fundamental na qual se constrói toda a teoria estatal desenvolvida por Kelsen e que influencia juristas, governantes e constituições até os dias atuais. É o ponto fulcral da contemporânea teoria de Estado de Direito, uma vez que, ao enxergar o Estado como uma instituição jurídica e, como tal, sendo este

⁷ CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 153.

⁸ Idem. Ibidem. p. 167.

⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1987. p. 261.

¹⁰ Idem. Ibidem.

¹¹ Idem. ibidem

reflexo direto da comunidade na qual esta inserto, entende-se diretamente a ideia de um Estado de Direito¹².

E ainda que se distancie do foco do presente tópico, a visão de Kelsen também ajuda a entender a noção de Estado e de Poder. Deve se ter em mente, sempre, que ao se tratar da teoria De Kelsen, não há que se falar da separação entre Estado e Direito, da forma como didaticamente pretende se fazer no presente estudo. Para o jurista, não há qualquer dualismo entre Direito e Estado e este último tampouco tem qualquer significação sociológica que o defina, sua definição vem única e exclusivamente do Direito. O Estado nada mais é senão a representação empírica da ordem jurídica e o único dualismo legítimo para Kelsen é o de sua eficácia e validade¹³.

Acerca do poder do Estado, Kelsen retrocede ao conceito sociológico que abriu o presente estudo, do Estado como sociedade politicamente organizada, explicando que “esta organização deriva de uma ordem e o caráter político nada mais é senão o poder”. Este é o mesmo poder que Inocêncio Mártires Coelho e Marcelo Caetano incluíram em suas definições de Estado. O poder político, ou poder coercitivo, o poder representativo do Estado por uso da força, da violência física legítima, sendo este o mesmo entendimento de Kelsen – mesmo que sob um prisma diferente de análise da problemática – que chega a confirmar que “O Estado é uma organização política por ser uma ordem que regula o uso da força, porque ela monopoliza o uso da força”.¹⁴

Neste momento, é importante destacar novamente que tal separação entre Estado e Direito é meramente didática, não abrangendo, de tal forma, a teoria daqueles que afirmam que, para a existência de um Estado de Direito, basta que exista um Estado, um Direito, e que aquele se submeta a este. A discussão aqui vai muito além da regulação do poder do Estado por um ente extrínseco à ele. É primordial que se entenda que, embora estudados de maneira separada até então, ambos são dois lados de um mesmo poder e desta dicotomia que surgirá o que se chama “Estado de Direito”.

¹² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1987. p. 262.

¹³ Idem. Ibidem. p. 272.

¹⁴ Idem. Ibidem. p. 273

Ou seja, a mera existência de um Direito em um determinado território governado por um ente político centralizado, para este trabalho, não será um Estado de Direito, havendo a necessidade de tal Direito ter certos requisitos para legitimá-lo, conforme se demonstrará.

Portanto, é importante destacar também que tal Estado até pode ter leis e se submeter à elas, mas ainda assim não ser um Estado de Direito, se estas não limitarem seu poder. Não é a ausência de leis necessariamente que determina que um Estado não seja um “Estado de Direito”, mas sim a discricionariedade com que este exerce seu poder diante dos seus cidadãos. Em diversos momentos da história da humanidade – até mesmo mais recentemente – presenciamos as mais diversas atrocidades realizadas por Estados que tinham “algum Direito”.¹⁵

A estas instituições totalitárias, Canotilho dá o nome de “Estado de Não Direito” definição que se mostra completamente aplicável aos objetivos do presente estudo, uma vez que, dentro do conceito de Estado não se pode confundir as ideias achando que este só será autoritário quando existir a total ausência de leis ou que, as havendo, mesmo emanadas de um poder totalitário, este será identificado como um Estado de Direito. Muito pelo contrário, é de suma importância perceber que, mesmo havendo leis, se o poder do Estado se sobressair autoritariamente à elas, ainda assim o elemento “Direito” do conceito máster se perde, sendo completo de insignificância.¹⁶

Para Canotilho, que influenciou fortemente o Constituinte Brasileiro de 1988, o “Estado de Não Direito” será “aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegida pelo direito”.¹⁷

Este então é o gatilho para se iniciar o estudo do Direito. A compreensão da existência de um Estado que, tendo o monopólio legítimo da força,

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. 1. ed. Lisboa: Fundação Mário Soares Grandiva Publicações, 1999. p. 09.

¹⁶ Idem. Ibidem. p. 12.

¹⁷ Idem. Ibidem. p. 13.

precisa de instrumento de racionalização desse poder, ou seja, a identificação de que o Estado precisa do Direito e este surge por este, para este e em razão deste¹⁸.

1.1.2. O Direito como ferramenta regulatória do Estado.

O problema que surge do fato de que apenas o Estado detém o monopólio do poder e que este é exercido por meio da violência física legítima, é que surge a necessidade de que se tenha um instrumento de racionalização/institucionalização deste poder e do próprio Estado, sendo que tal ferramenta é o Direito¹⁹.

Em um primeiro plano, vale trazer um conceito de Direito mais simples à luz do positivismo jurídico, definindo-o como sendo “um conjunto de normas que, em determinada sociedade e num dado momento de sua história, mediante a interferência decisória do Poder, ordena os fatos sociais em conformidade com certos valores”²⁰.

Se levarmos em consideração também a existência do chamado “Estado de Não Direito”, é importante lembrar que a mera existência de leis não pressupõe a existência de um Direito. Que este deve “limitar o poder do Estado; trazer garantias de direitos e liberdades fundamentais, individuais e coletivas à população contra o próprio Estado; dar os instrumentos necessários à proteção desses direitos; trazer segurança jurídica à ordem jurisdicional preestabelecida e, sobretudo, a subordinação e responsabilização das pessoas por trás do Estado pelos atos praticados em nome deste”.²¹

Ou seja, mais do que a legalidade, a existência de um Direito pressupõe uma segurança social, uma forma que os indivíduos – tendo sua dignidade respeitada – têm de se precaver dos excessos que o Estado possa vir a

¹⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 62.

¹⁹ Idem. *Ibidem*.

²⁰ Idem. *Ibidem*. p. 63.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. 1. ed. Lisboa: Fundação Mário Soares Grandiva Publicações, 1999. p. 14.

cometer. O Direito pressupõe, portanto, uma segurança jurídica nas relações dos indivíduos entre si e destes com o Estado.

Desta forma, nota-se que aqui não se busca encontrar uma definição ou aceção do que é o Direito, mesmo porque tal discussão é tão grandiosa que gera tantos problemas quanto se encontrou para se definir o Estado e é motivo de divergência constante entre os juristas.²² Não se trata aqui de se buscar uma teoria legalista do Direito ou compará-lo à Justiça. O Direito, neste ponto do estudo, deve ser enxergado como uma ferramenta de equilíbrio, uma forma de controle do exercício arbitrário do poder estatal.

Mais uma vez, portanto, recorre-se ao raciocínio de Kelsen para explicar direito, uma vez que os conceitos reducionistas do jurista expõe, de um ponto de vista puramente jurídico, com exatidão os conceitos ora estudados. E, mesmo que posteriormente venha a desconstruir tais conceitos para demonstrar que Estado e Direito são, de certa forma, a mesma coisa, é claro o raciocínio de se ver o Direito autonomamente como a norma jurídica.²³

Assim sendo, o Direito surgiria para um Estado ou criado por ele, tomando a forma de ordenamento jurídico deste. Assim surge a famosa analogia em que a relação entre Direito e Estado seria comparável a deste com seus indivíduos. Desta forma, o Direito, apesar de surgir de um Estado, nasceria visando regular a conduta do próprio Estado, como ente, e deste com seus indivíduos, que têm suas condutas também reguladas pelo Direito.²⁴

Logo, partindo deste ponto de vista, percebe-se claramente que o Direito é um instrumento que surge do poder do Estado e, pelo próprio poder regula a todos os entes – indivíduos ou entes públicos, componentes do próprio Estado – de um determinado Estado, nos limites por ele próprio estabelecido.

²² NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 33. ed. São Paulo: Forense, 2011. p. 73.

²³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1987. p. 262.

²⁴ Idem. *Ibidem* p. 263.

1.2. Do Estado de Direito

Tendo compreendido os dois conceitos expostos, deve-se então, mesclá-los, adentrando no chamado Estado de Direito. Como já exposto, viu-se a necessidade de se criar uma ferramenta que institucionalizasse o exercício do poder do Estado, protegendo os indivíduos dos excessos exercidos em razão deste poder, surgindo então o referido conceito de Estado de Direito, que num primeiro momento visa controlar o uso da violência legítima por parte do Estado, contendo eventuais abusos.

Nasce então o chamado Estado de Direito que teria como princípio básico “o da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a consequente garantia de direitos dos indivíduos perante esses poderes”.²⁵ Tal afirmativa, se levada a crer ser o pilar do Estado de Direito, deixa claro a função repressora do Direito aos poderes do Estado, objetivando unicamente impedir os excessos e o autoritarismo, servindo de escudo ao povo.

Não há, então, questionamento quanto ao fato de o Direito surgir para suprimir o autoritarismo do Estado no exercício de sua força, cujo monopólio constitui elemento precípua do próprio Estado Moderno, no entendimento de Max Weber, que melhor expressa essa ideia de institucionalização do Estado pelo Direito conforme depreende-se de suas palavras a seguir transcritas:

“O Estado moderno é uma associação de domínio com caráter institucional que tratou, com êxito, de monopolizar, dentro de um território, a violência física legítima como meio de domínio [...] Este Estado é sociologicamente definível pela referência a um meio específico que ele, como qualquer associação política, possui: a violência física. Todo o Estado se funda na violência. [...] Naturalmente que a violência não é nem o meio normal nem o único meio de que o estado se serve, mas é realmente o seu meio específico. O Estado é a única fonte do ‘direito’ à violência.”²⁶

Retorna-se então ao raciocínio Kelseniano que, mesmo negando a existência de uma visão sociológica de Estado, adotando como definição de tal ente

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. 1. ed. Lisboa: Fundação Mário Soares Grandiva Publicações, 1999. p. 9.

²⁶ WEBER apud COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 62.

unicamente a concepção jurídica, ainda assim se vislumbra esta distinção entre os dois institutos, a partir da compreensão do autor de que “Estado e Direito devem ser representados por pessoas distintas e independentes, para que este possa justificar aquele, que deve cria-lo, mas também a ele se submeter, o que só ocorre se o Direito for visto como uma ordem essencialmente diferente do Estado, tendo como função precípua se manter como oposição à sua natureza, buscando a justiça por meio da limitação do poder deste”.²⁷

Ou seja, conclui-se logicamente das análises dos estudos de todos estes teóricos do Estado que a ideia de um Estado de Direito nasce agregada à de repressão do Estado pelo Direito. Desta forma, pode-se definir Estado de Direito, em seu âmago, como sendo aquele que se subordina ao direito, no qual seu poder e funcionamento estão orientados e moderados pela norma, sendo esta vista, neste diapasão, como manifestação do interesse coletivo.²⁸

Ou, ainda, pode ser visto o Estado de Direito como sendo um Estado que se subordine ao direito, da maneira mais simplória que esta afirmação pode ser interpretada, como definido por Canotilho ao afirmar que “um Estado pode considerar-se Estado de Direito quando: (1) está sujeito ao direito; (2) atua através do direito; (3) positiva normas jurídicas informadas pela ideia de direito”.²⁹

O que deve se ter em mente, no entanto, é que o Estado de Direito, em uma visão contemporânea do termo, não nasce em si só, mas é, na verdade, resultado de uma longa evolução histórica, onde foram se agregando conceitos, princípios e ideias. O que hoje se chama Estado de Direito é, na verdade, o resultado de uma evolução de “diversos Estados de Direito”, que, no passar dos séculos, foi seguindo por vertentes distintas e assumindo novas formas. Neste sentido, Pablo Lucas Verdú:

“O Estado de Direito, em qualquer de suas espécies: Estado liberal de Direito, Estado social de Direito, Estado democrático de Direito, é uma conquista. Quero dizer que cada um deles se estabeleceu, ou tentou estabelecer-se, lutando contra estruturas de poder contrárias, a saber Estado liberal de Direito, frente ao Antigo Regime; Estado

²⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 63.

²⁸ Idem. *Ibidem*. p. 64.

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. 1. ed. Lisboa: Fundação Mário Soares Grandiva Publicações, 1999. p. 25.

social de Direito, contra o individualismo e o abstencionismo do Estado liberal; Estado democrático de Direito que luta com as estruturas sócio-políticas do anterior: resquícios individualistas, neocapitalismo opressor, sistema estabelecido privilegiado”.³⁰

Desta análise superficial do mestre espanhol resta evidente o caminho percorrido pelo Estado de Direito até atingir os contornos hoje delineados pelo termo, merecendo, no entanto, mais atenção em cada uma das fases expostas acima.

1.2.1. O Estado liberal de Direito.

O primeiro Estado de Direito a surgir – ou, melhor dizendo, a primeira de suas fases – é o Estado liberal de Direito, que tem seu marco inicial com a Revolução Francesa e o declínio do Regime Feudal. Este Estado de Direito recém instaurado recebe a alcunha de ser ‘liberal’ em razão de expressar os desejos e anseios da burguesia, classe que ascendia ao poder através a ideologia liberal.³¹

Outro ponto a se compreender deste novo Estado que surgia, pela análise histórica, é que este tentava se desvincular por absoluto do totalitarismo que marcou o regime deposto, desta forma, adotou o princípio da legalidade como fundamento de toda a produção jurídica que então se passava a desenvolver. A lei, desta forma, passa a ter o papel de regular liberdades, visando evitar os desmandos que ocorriam no antigo regime, mas, por surgirem de um parlamento dotado de representação popular, emanam legalidade e legitimidade.³²

Um dos maiores expoentes desta concepção é Carl Schmitt, que consegue fazer uma análise social da época e entender o fundamento para o legalismo que se instaurou no primeiro Estado de Direito e, para este autor, a compreensão é muito simples: “a sociedade clamava para si um poder regulatório da violência física legítima e, sendo o Estado dotado de ideais liberais, tornou-se necessário que tais liberdades fossem exercidas dentro do limite legal, o que

³⁰ VERDÚ apud COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 66.

³¹ COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 63.

³² MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 26.

assume um caráter legítimo quando se nota que a lei surge do - para e em razão do - povo. É o que demonstra a brilhante síntese feita por Marinoni da teoria de Schmitt:

“Na luta contra um forte governo monárquico, a cooperação da representação popular tinha ser acentuada cada vez com mais força, como critério adequado, até converter-se em critério decisivo de conceituação da lei. De tal modo é que a lei passou a ser definida como ato produzido mediante a cooperação da representação popular. E o império da lei converteu-se em império da representação popular”.³³

Superado este ponto, faz-se necessário complementar a ideia de Schmitt com as palavras de Manuel García-Pelayo acerca da legalidade no Estado de Direito:

“Por conseguinte, embora a legalidade seja um componente da ideia de Estado de Direito, não é menos certo que este não se identifica com qualquer legalidade, mas apenas com uma legalidade de determinado conteúdo e sobretudo com uma legalidade que não lesione certos valores pelos e para os quais se constitui a ordem jurídica e política e que se expressam em normas ou princípios que a lei não pode violar”.³⁴

O problema que se nota no surgimento do Estado liberal de Direito, no entanto, é que, mesmo tentando se desvencilhar do autoritarismo do regime feudal, o Estado liberal de Direito, altamente calcado no legalismo jurídico, tornou-se ainda mais desagregador que o regime anterior. Sob uma máscara de ser um governo com participação popular na produção legal, este apenas aumentava o fosso existente entre a grande maioria da população e a elite burguesa que, pouco tempo depois de ascender socialmente, passou a dominar não apenas o poder econômico, mas também o político, e passou a utilizá-lo como instrumento de legitimação de sua hierarquia.³⁵

No entanto, por mais críticas que se possa fazer a ideia reducionista de igualar a lei ao Estado – que é basicamente o que o próprio Kelsen faz ao igualar Direito e Estado, na mesma medida em que confunde este com a ordem jurídica –

³³ SCHIMITT apud MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 26.

³⁴ GARCÍA-PELAYO apud COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 67.

³⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 67.

deve se ter em mente que o Estado liberal de Direito não se reduzia apenas ao princípio da legalidade ou, nas palavras de José Afonso da Silva, “não apenas nele se realizava”.³⁶

Vem de José Afonso da Silva, aliás, as principais características do Estado liberal de Direito, como se passa a transcrever:

“Na origem, como é sabido, o Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal; daí falar-se em Estado liberal de Direito, cujas características básicas foram: (a) submissão ao império da lei, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b) divisão de poderes, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; (c) enunciado e garantia dos direitos individuais”.³⁷

Logo, é de fácil percepção que o Estado liberal de Direito, ainda que inconsistente em alguns de seus princípios, trouxe avanços significativos ao Direito, sobretudo no tocante a divisão dos poderes do Estado – e a independência de cada um deles no exercício de suas funções – e a criação de algumas garantias individuais, sendo estes fatores que continuam a ser postulados elementares do Estado de Direito até os dias atuais.³⁸

Outro ponto a se destacar é que o instrumento pelo meio do qual os novos Estados (de Direito) se organizavam e no qual traziam os seus respectivos direitos individuais eram as Constituições. Surge então, a partir deste momento, a ideia moderna de Constituição, como ferramenta regulatória do próprio Estado, de seu funcionamento e de garantias básicas à sua população contra as arbitrariedades do Poder Estatal, pecando um pouco na consolidação deste último ponto, ao trazer mais liberdades individuais ligadas ao patrimônio do que ao próprio indivíduo. Exatamente sobre este ponto específico conclui Inocêncio Mártires acerca do Estado liberal de Direito.³⁹

³⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 98.

³⁷ Idem. Ibidem. p. 112.

³⁸ Idem. Ibidem.

³⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 67.

“Noutras palavras, como não poderia deixar de ser, a Carta Política desse modelo de Estado de Direito é estendida, em seus princípios, como Constituição do liberal-individualismo – mera superestrutura jurídica, como diriam os Marxistas -, encerrando, por isso mesmo, em primeiro lugar, uma decisão fundamental no sentido da liberdade burguesa, em seus múltiplos aspectos: a liberdade pessoal, a propriedade privada, a liberdade de contratar e a liberdade de indústria e comércio, entre outras”.⁴⁰

A crítica na afirmação de Mártires Coelho reside no fato de que o Estado liberal de Direito mais se preocupava com o patrimônio do que com o próprio social. Ainda que tenham surgido os primeiros direitos individuais e que estes colocassem a população em situação muito melhor à que tinham no regime feudal, ainda assim o Estado liberal de Direito, permeado pelos ideais dominantes da burguesia, pouco se preocupava com uma função social do Estado e isto resultou a eclosão do sistema, na forma como fora estabelecido.⁴¹

1.2.2. O Estado Social de Direito.

O abstencionismo e individualismo que permeavam os ideais liberais gerou uma onda de mal-estar social, uma vez que a política do Estado neutro propagava diversas injustiças sociais. Logo surge a necessidade de se harmonizar o sistema capitalista de produção com um estado de bem-estar social, que se preocupa sobretudo com o indivíduo e a justiça social.⁴²

Neste sentido, não há outra definição mais adequada ao momento de transição do Estado liberal de Direito ao Estado social de Direito do que aquela feita por Lucas Verdú:

“Mas o Estado de Direito, que já não poderia justificar-se como liberal, necessitou, para enfrentar a maré social, despojar-se de sua neutralidade, integrar, em seu seio, a sociedade, sem renunciar ao primado do Direito. O Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista, para transformar-se em Estado

⁴⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 67.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 32.

⁴² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 115.

material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social”.⁴³

No mesmo sentido, afirma Elías Díaz:

“O liberalismo clássico, com o seu fundo de individualismo burguês, constitui insuficiente garantia para a realização e proteção dos direitos e liberdades de todos os homens. [...] Uma ampliação da zona de aplicabilidade desses direitos – mas sem alterar substancialmente os supostos básicos da economia – produz-se com a passagem ao Estado social de Direito; constituído este como intento necessário de superação do individualismo, por meio de intervencionismo estatal e da atenção preferencial aos chamados direitos sociais, o que aquele pretende é uma instauração de uma sociedade ou Estado do bem-estar”.⁴⁴

Desta forma fica clara a ideia de que o Estado social de Direito – ou a fase social do Estado de Direito - surgiu apenas para combater aquele que era o principal defeito do Estado em sua fase liberal: “o individualismo e a superproteção aos burgueses”, surgindo assim esse clamor pela realização de uma justiça social, corretora, protetiva.⁴⁵

Entretanto, o Estado social de Direito não se firmou da forma como era esperado. Além de o termo trazer uma perigosa ambiguidade com os regimes socialistas e clara contradição com o sistema capitalista⁴⁶, ainda havia o problema de, sob o domínio político predominantemente burguês, ele não ter conseguido alcançar seus objetivos, sobretudo quanto a chamada democratização econômica e social.⁴⁷

1.2.3. O Estado Democrático de Direito:

Da análise dos dois regimes expostos acima e, sobretudo, da interpretação das principais críticas feitas ao Estado de Direito, seja em sua fase liberal ou social, apreende-se que nenhum deles pode se considerar democrático. Ou seja, retornando à ideia inicial do Estado de Direito, que surgiu como instrumento

⁴³ VERDÚ apud SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 115.

⁴⁴ DÍAZ apud COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 68.

⁴⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 69.

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 116.

⁴⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 69.

de oprimir o absolutismo que reinou no antigo regime e entregar ao povo o poder de decidir seu futuro, de ter uma participação real e ativa na administração da nação, não se resumindo esta apenas ao voto. Percebe-se, assim, que o Estado de Direito que fora instaurado, em qualquer de suas fases, se afastava desse princípio primordial, pois existia em razão da burguesia e era feito para a burguesia.⁴⁸

A explicação para este afastamento do Estado de Direito da ideia de democracia se encontra no próprio surgimento deste, que nasce no seio da burguesia que ascendia o poder e, como tal, com o domínio político em suas mãos, se preocupava bem menos com valores de igualdade e soberania popular ou com os direitos fundamentais da pessoa humana. A liberdade econômica é o fundamento geral deste Estado de Direito burguês e a doutrina clássica se preocupava bem mais com princípios como a generalidade da norma, representando assim a razão da lei, que é inquestionável por si só.⁴⁹

Nem mesmo o Estado social de Direito, cumpre-se destacar, foi capaz de se livrar por completo deste ideais liberais tão impregnados no próprio conceito de Estado de Direito, conforme se apreende das palavras de José Afonso da Silva:

Conclui-se daí que a igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, como vimos, foi a construção do Estado Social de Direito, que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político. Onde a concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção.⁵⁰

Neste mesmo sentido, vale-se também das palavras de Elías Díaz acerca do surgimento do Estado democrático de Direito:

⁴⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 117.

⁴⁹ Idem. Ibidem. p. 118.

⁵⁰ Idem. Ibidem.

“O Estado democrático de Direito aparece, nessa perspectiva, como superação real do Estado social de Direito. Isso não quer dizer, no entanto, que este conduza naturalmente àquele; ao contrário, geralmente aparece muito mais como obstáculo para essa superação. Do neocapitalismo não se passa naturalmente ao socialismo; do Estado social de Direito não se passa naturalmente ao Estado democrático de Direito. A superficial e aparente socialização que produz o neocapitalismo não coincide com o socialismo, assim como tampouco é democracia, sem mais, a democratização que a técnica produz por si mesma; de um nível a outro (é importante insistir-se nisso) há um salto qualitativo e real de primeira ordem. E, como dissemos, forças importantes desse primeiro nível (neocapitalismo) constituem-se certamente como forças interessadas em frear ou impedir a evolução até o segundo nível (socialismo) em que se produz o Estado democrático de Direito”.⁵¹

Ou seja, a compreensão de que o Estado de Direito deveria ser, sobretudo, democrático, demorou a surgir em razão da recusa da burguesia de ver diminuir seus benefícios, utilizando de argumentos retóricos, fundados, sobretudo, na generalidade das regras, para manter a ordem econômica vigente, tolhendo a atuação do parlamento e mantendo, assim, o sistema de propriedade existente.⁵²

A nova fase que surgia, então, no Estado de Direito era aquele que mais se aproximava do próprio conceito norteador de se vem trabalhando acerca do termo, que trazia a ideia de ativa participação popular, de divisão de poderes, de asseguramento aos direitos e garantias fundamentais, em suma, um Estado mais ativo quando se trata do social, o verdadeiro Estado “promotor de justiça social”.⁵³

Neste sentido, não há melhor definição dos elementos e funções de um Estado democrático de Direito senão aquela trazida na própria Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 1988, que em seu preâmbulo, já traz a noção de alguns princípios que o legislador quis ver impresso na Carta Magna, conforme se reproduz:

⁵¹ DÍAZ apud COELHO, Inocência Mártires. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 69.

⁵² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 118.

⁵³ Idem. Ibidem. p. 120.

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”⁵⁴

É interessante notar que neste pequeno parágrafo que serve de preâmbulo à Constituição Federal, já se percebe-se muitos elementos constitutivos do próprio Estado democrático de Direito já trabalhados, como a participação popular, quando se fala “Nós, representantes do povo brasileiro[...]” ou a afirmação de que se instituíam um “Estado Democrático”, que respeita os direitos fundamentais de seus cidadãos ao “[...] assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento [...]” e, sobretudo, que se repousa na igualdade e na justiça como valores supremos.⁵⁵

Nos demais artigos introdutórios da Carta Magna nacional percebe-se muitos outros valores intrínsecos ao Estado democrático de Direito, que aqui tomam posição de verdadeiros princípios norteadores, tal como a democracia plena (artigo 1º, caput), a preocupação com a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), a divisão de poderes (artigo 2º), a preocupação com o bem-estar social (artigo 3º, IV) e sobretudo, a definição de direitos e garantias fundamentais, em seu artigo 5º e seus inúmeros incisos, que vinculam o próprio exercício do poder, que deve sempre respeitá-los e priorizá-los.⁵⁶

Conclusão melhor acerca do Estado de Direito não há senão a de José Afonso da Silva, que sintetiza brevemente o ideal do Estado democrático de Direito ao afirmar que “A tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social”.⁵⁷

⁵⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2005.

⁵⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2005.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 122.

1.3. Do Estado Constitucional

Não cabe mais, no entanto, na sociedade moderna em que vivemos, estagnarmos o conceito de Estado de Direito apenas na concepção democrática do termo, uma vez que a sociedade está em constante mudança e o próprio Direito deve evoluir, não sendo mais suficiente apenas as garantias do Estado democrático de Direito para efetivar a ordem jurídica eficiente.

No nosso estudo acerca do Estado de Direito, passamos rapidamente por detalhes que agora ganham destaque, ao se trabalhar a evolução deste Estado até se tornar um Estado Constitucional, como por exemplo, a supremacia da lei, que surgiu como um dos pilares do próprio Estado de Direito, ainda em sua fase liberal, na qual a lei era considerada como uma fonte jurídica suprema, sendo esta o meio pelo qual o Estado exercia o monopólio de seu poder, uma vez que apenas ele poderia exercer o trabalho de elaboração de tais leis.⁵⁸

Outro ponto que se buscou deixar claro no estudo acerca da evolução do Estado de Direito foi exatamente o significado da palavra “evolução” para este estudo, concordando que o Estado de Direito é uma construção que demorou séculos para se concluir (e ainda assim não o fez), tendo, inclusive, por diversas vezes se referindo aos “diferentes” Estados de Direitos como sendo fases de um único objeto (fase liberal, social e democrática) e sempre chamando atenção ao fato deste incorporar em si o melhor que cada uma dessas fases lhe trouxe.⁵⁹

Desta forma, por mais que a soberania da lei seja um valor importante, presente desde o primeiro momento do Estado liberal de Direito até o auge de sua fase Democrática, percebe-se que tal conceito já foi ultrapassado, uma vez que cada vez mais os Estados modernos se submetem a leis que não editaram, como tratados internacionais e acordos multilaterais, que são incorporados em seus ordenamentos jurídicos com força normativa equiparável a de outras leis, fruto de seus próprios legislativos. Outro aspecto a se chamar a atenção é a produção de

⁵⁸ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **La universidad de los derechos humanos y el estado constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 2.

⁵⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 66.

normas por entes intermediários entre Estado e indivíduo e a auto-regulamentação que alguns grupos sociais fazem, retirando assim do Estado parte do exercício de seu poder sobre eles.⁶⁰

A estes fenômenos acima citados, Pérez Luño dá o nome de supra-estatais e infra-estatais, respectivamente, asseverando que tais fatores são exemplos fortes da derrocada da teoria da hierarquia das fontes. Acerca destes fenômenos trazidos por Luño, melhor síntese não há senão a de Christine Oliveira Peter da Silva, feita em cima da obra do referido jurista:

No tocante às normas supra-estatais, Pérez Luño assevera que vivenciamos um contexto paradigmático em que se reconhece normatividade às regras acordadas pelas pessoas de direito internacional público, tais como tratados e a atribuição de competências a organismos internacionais. Ademais, essas regras estabelecidas no campo supra-estatal (*ius commune*) prevalecem sobre o interno, [...]. Nessa perspectiva, constata-se que o monopólio da instituição das fontes jurídicas não pertence mais ao Estado, que divide o cenário da produção de regras com os demais atores internacionais. Não bastasse a inserção das normas supra-estatais como fonte de direito, o Estado contemporâneo se depara com o fenômeno da produção normativa infra-estatal. Esta, por sua vez, manifesta-se mediante a instituição de regras oriundas de entidades intermediárias entre o Estado e o cidadão. Tal fator desenvolve-se sob diversos aspectos, dentre os quais a (i) *ratione loci*, que confere maior autonomia normativa aos entes políticos – municípios, estados membros -, (ii) *ratione personae*, que permite a autodeterminação de grupos e coletividades organizadas, (iii) *ratione materiae*, segundo o qual, em razão do avanço tecnológico e científico, é necessário reconhecer a possibilidade de que comunidades especializadas se auto-regulem para fins de resolução de controvérsias, a exemplo do que ocorre com as agências reguladoras e outros.⁶¹

A crítica de Luño neste ponto em específico demonstra bem a necessidade de se desenvolver uma teoria de um Estado Constitucional, uma vez que, mesmo atingindo seus objetivos, alguns pontos fulcrais do Estado democrático de Direito encontram-se obsoletos. Não é que exista um defeito em se garantir a hierarquia das normas e, conseqüentemente, a hierarquia do próprio Estado.⁶²

⁶⁰ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **La universidad de los derechos humanos y el estado constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 3.

⁶¹ PETER, Christine Oliveira. **A jurisdição e a defesa da constituição no estado constitucional brasileiro**. [S.l.], [S.d.]. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/16137920/1205471415/name/A+Jurisdi%C3%A7%C3%A3o+e+Defesa+da+Constitui%C3%A7%C3%A3o+no+Estado+Constitucional+brasileiro.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2010.

⁶² Idem. Ibidem.

O problema, como veremos mais profundamente nesse estudo, é que estamos diante de um mundo onde não existe mais fronteiras. A globalização é uma realidade e, diante dela, não há mais como um Estado soberano se impor perante outro Estado soberano. Cada vez se fala menos em Estado-Nação, abrindo espaço a um conceito de Grupos de Nações ou União de Estados. E se o mundo hoje é cada vez mais visto como um todo de vários pequenos pedaços, essa pluralidade também deve se efetivar em um plano jurídico. Neste mesmo sentido segue a teoria de Luño, conforme se reproduz:

Frente à versão hierarquizada do sistema de fontes do ordenamento jurídico se opõe hoje a idéia do pluralismo. Em sua dimensão jurídica, o pluralismo esconde o reconhecimento de uma área de liberdade ou de autodeterminação interna para as organizações sociais. O pluralismo jurídico implica em uma derrogação das idéias de monopólio e de hierarquia normativa, assim como uma erosão imediata do protagonismo da lei. Nos ordenamentos jurídicos atuais se alude a uma “explosão” do pluralismo jurídico que implica no reconhecimento de amplas faculdades de autonomia (poder de autogoverno), autarquia (poder de autogestão) e autotutela (poder de autojurisdição).⁶³

É sobre a construção de uma sociedade pluralista, proposta por Luño, que nasce a teoria do Estado Constitucional, de forma que o próprio autor afirma que “[...] no Estado constitucional, que é o Estado das atuais sociedades pluralistas, completas e pluricêntricas, a unidade, coerência e hierarquia do ordenamento jurídico não podem ser concebidas como um pressuposto de partida senão como uma meta.”⁶⁴

O pensamento aqui é lógico e totalmente condizente com a evolução do Estado de Direito que vem sendo tratada até este momento. Retornando outro ponto já explicitado antes, temos que a Constituição foi a ferramenta mais adequada encontrada pelos liberais para representar a nova concepção de Estado que era apresentada uma vez que, esta de fato constituiria um Estado, uma nação. Seria da Constituição que viriam a divisão de poderes do Estado, os direitos e garantias do

⁶³ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **La universidad de los derechos humanos y el estado constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 3.

⁶⁴ Idem. Ibidem. p. 4.

indivíduo e, sobretudo, normas diretivas, que norteariam toda a produção normativa daquele Estado.⁶⁵

Com isso, estamos diante de mais uma ideia natural do Estado de Direito que hoje é aproveitada em sua máxima, conforme se depreende das palavras de Luño acima citadas, uma vez que, o que o jurista propõe é uma substituição da primazia da lei pela primazia da Constituição que, mesmo dotada de força normativa, tem abrangência maior que uma mera lei, uma vez que traz princípios que determinarão se todas as outras leis estão em conformidade ou contradizem o que esta preleciona, determinando assim a validade ou não de tais leis.

Ou seja, a proposta de se passar de um Estado de Direito a um Estado Constitucional é, na verdade, fruto de uma necessidade de se interpretar os próprios elementos constituintes deste Estado de Direito sob outro prisma, objetivando que estes se adequem a realidade social atual. Neste caso, nem mesmo a ideia da hierarquia da lei está obsoleta, se entendida que, de fato a lei deve ser a representação do próprio Estado, mas não qualquer lei, e sim aquelas que irão determinar os rumos de toda a produção legislativa daquele Estado, ou seja, a Constituição.

Ainda falando sobre a elevação da Constituição ao lugar mais proeminente entre as normas de um ordenamento jurídico, e o declínio da lei infraconstitucional como senhora absoluta do poder estatal, é importante destacar as acaloradas palavras de Paulo Bonavides acerca da Carta Política que, no Estado Constitucional, assenhora-se do dever de dizer os rumos que o Direito irá seguir:

Com efeito, quanto mais a lei se “dessacraliza” e fica minguate com a erosão de sua legitimidade, mais cresce e pontifica a Constituição, sede maior da nova legitimidade, e que desempenha o sumo papel de inspiradora, ordenadora e diretora de todo o ordenamento jurídico. A Constituição é cada vez mais, num consenso que se vai cristalizando, a morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o paço dos direitos fundamentais, portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania. A época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede a época da separação de poderes. Em razão disso, cresce a extraordinária relevância da jurisdição constitucional, ou seja, do controle de constitucionalidade, campo de batalha da Lei Fundamental onde se afiança juridicamente a força legitimadora das instituições. Em verdade, a justiça

⁶⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 67.

constitucional se tornou uma premissa da democracia: a democracia jurídica, a democracia com legitimidade.⁶⁶

Tal ideia, portanto, mesmo que absurdamente moderna e inspiradora nos dias atuais, não deixa de nos remeter ao papel que Canotilho já dava à Constituição, aquela noção de Constituição dirigente. Claro que a preocupação do jurista português se asseverava de outras razões, mas a ideia de uma Constituição que decide os rumos de uma nação, que desde a escolha do sistema econômico até a divisão de poderes e competência de cada um, dando direitos fundamentais e garantias de sua efetivação. É esta ideia de Constituição onipotente de Canotilho que, mesmo indiretamente, se apreende aqui na noção de Estado Constitucional.⁶⁷

Uma vez citado Canotilho, faz-se importante expor parte de sua interpretação do Estado Constitucional, o que sintetiza bem os conceitos aqui delineados:

O Estado Constitucional é, assim, e em primeiro lugar, o Estado com uma constituição limitadora do poder através do império do direito. [...] Mas o Estado Constitucional é também um Estado democrático. [...] É, basicamente, um governo de mulheres e de homens segundo a lei constitucional, ela própria imperativamente informada pelos princípios jurídicos radicados na consciência jurídica geral. [...] O Estado constitucional democrático de direito é um ponto de partida e nunca um ponto de chegada. [...] O Estado de direito democrático-constitucional tornou-se, como vimos, um paradigma de organização e legitimação de uma ordem política.⁶⁸

Assim sendo, fica clara a noção de Estado Constitucional inicialmente trazida por Pérez Luño. Trata-se de um Estado organizado e fundamentado sobre uma norma jurídica de caráter geral, diretiva e principiológica, a Constituição, que assume o posto hierárquico mais elevado entre todas as outras normas que compõe seu ordenamento jurídico.

Aqui chega-se a uma conclusão simples e objetiva, que constitui elemento importante de resolução da problemática proposta pelo trabalho: o Estado Constitucional é a realidade mais completa e adequada a conceituação de Estado

⁶⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 132.

⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. verificar pag.

⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. 1. ed. Lisboa: Fundação Mário Soares Grandiva Publicações, 1999. p. 16-19.

de Direito, dado o mundo globalizado atual. E é exatamente quando se fala de globalização que se adentra no segundo elemento que ajudará a compor a teoria que resolve a problemática proposta: a internet.

A globalização é um fenômeno que já se tornou real e vem revolucionando todas as áreas das ciências humanas, mas, além do conceito de globalização, um de seus elementos – ou uma de seus meios – ganha destaque e se confunde com a própria globalização, uma vez que seu desenvolvimento se deu ao mesmo tempo e com a mesma intensidade que a primeira: o advento e evolução da rede mundial de computadores, também conhecida como internet, objeto do segundo capítulo deste trabalho.

2. UMA NOVA SOCIEDADE DIGITAL E AS DIFICULDADES DO DIREITO FRENTE ÀS NOVAS TECNOLOGIAS

2.1. A Internet como um Território Livre

Até o presente momento, todo o trabalho realizado teve a função de conceituar o direito e tentar compreender a razão pela qual este exerce importante função social na regulamentação das relações humanas. No entanto, inicia-se agora a segunda parte deste trabalho, na qual se conceituará a Internet como o segundo elemento de estudo proposto usando, para tanto, o mesmo procedimento utilizado para conceituar o Estado de Direito, qual seja, a construção de um conceito a partir do desenvolvimento histórico do termo.

Deve se ter em mente, sobretudo, que o Direito é uma ciência humana e, como tal, tem um objeto de estudo que não permanece estático e sofre diversas mudanças a todo o tempo. Principalmente após a Revolução Industrial, o mundo vem sofrendo cada vez mais mudanças drásticas em curtos espaços de tempo.

O Direito tem o dever de acompanhar tais mudanças, o que nem sempre é possível, principalmente no Brasil, uma sociedade ainda em desenvolvimento que vem ganhando cada vez mais destaque no cenário internacional em razão do seu crescimento econômico, mas que ainda não conta com uma legislação tão desenvolvida e forte quanto algumas outras nações como Alemanha, França e Estados Unidos, para citar alguns exemplos.

No Brasil, o Direito é fortemente influenciado pela política e pelos preconceitos de uma sociedade que, por vezes, mesmo no século XXI, demonstra-se retrógrada. O divórcio, por exemplo, só passou a ser uma realidade nacional em 1977, e o adultério só deixou de ser um crime em 2005... E o direito de pessoas do mesmo sexo casarem-se? E o aborto? Essas e outras questões, mesmo estando em cheque neste momento, ainda estão longe de serem resolvidas pelo Direito pátrio.

Mas nenhuma transformação social foi tão drástica e veloz quanto o advento da internet. O Direito, como ciência social, viu-se diante de uma revolução

sem precedentes com a invenção da rede mundial de computadores, uma vez que todas as pessoas passaram a ter acesso a uma ferramenta que lhes permitia a prática dos mais variados atos instantaneamente – sendo eles legítimos ou não, legais, ou não – tendo seus efeitos repercussão global e irretratável. Uma vez disponibilizada na “rede”, qualquer coisa que seja, nunca mais se terá a segurança de que ninguém terá acesso a ela.

Para compreender a dimensão dessas mudanças, a primeira pergunta que se deve fazer é: o que, de fato, é a internet? Muito mais simples do que as inúmeras discussões acerca dos temas jurídicos anteriormente propostos, a internet, inclusive sobretudo no ramo das ciências exatas, trabalha com conceitos predefinidos, é facilmente conceituada como sendo “a maior rede de sistemas computadorizados do planeta”, ou seja, “um sistema de computadores conectados entre si, ligados constantemente, compartilhando informações e serviços em diversos países simultaneamente”.⁶⁹ Tal conceituação técnica da internet é trazida por Alexandre Atheniense que, no entanto, não se limita à tecnicidade do termo, conforme a análise que se mostra:

“O espírito da rede é disponibilizar o maior número de informações e serviços de forma gratuita.[...] Não há, pois, autoridade central que regulamente o seu uso ou que edite normas quanto ao comportamento dos usuários, censores capazes de impor sanção a qualquer usuário infrator”.⁷⁰

O que se deve ter em mente, portanto, é que a internet abriu as portas dos Estados, autorizando a quebra de fronteiras entre as nações, em busca de uma comunicação que não encontra barreiras, de âmbito global. E esta característica da internet foi exatamente o que atraiu milhões e milhões de pessoas em todo o mundo: a capacidade de se comunicar com qualquer pessoa, em qualquer lugar do mundo, sem fronteiras.⁷¹

E este é o ponto que se deve compreender para se começar a estudar a internet, o fato de que a grande revolução que esta causa repousa

⁶⁹ ATHENIENSE, Alexandre. **Internet e o Direito**. 1. ed. Belo Horizonte: Inédita, 2000. p. 21.

⁷⁰ Idem. *Ibidem*. p. 27.

⁷¹ ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Direito da internet e da sociedade de informação**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 69.

sobretudo na comunicação e na ausência de limites para o seu exercício. É o que se apreende das palavras de Roberto Roland Rodrigues da Silva Júnior:

“Observe-se que a arquitetura da Rede, necessariamente caótica e descentralizada, possibilita uma estrutura de crescimento, privilegiando a conectividade entre seus vários nós, sem uma hierarquia definida, visando facilitar o básico: a comunicação que ora se espalha além fronteiras”.⁷²

Esta outra realidade em que o mundo se encontra nos dias atuais é descrita de forma simples e brilhante por Patrícia Peck Pinheiro, que afirma que “hoje, vivemos uma interdependência completa, globalizada, interativa e em rede”. Nessas poucas palavras consegue-se enxergar o mundo atual. Um mundo onde a comunicação é a principal moeda, o vírus e o remédio, o bem de maior valor para qualquer pessoa.⁷³

Em vários setores, cotidianamente, paradigmas são quebrados e as relações e obrigações já estão se tornando eletrônicas e não mais pessoais. Já é possível comprar passagens e fazer o *check-in* virtualmente, antecipando elementos necessários à prestação deste serviço, que seria o transporte aéreo. Por vezes o arquivo original é o dado e não mais o papel, que passa a ser mera cópia daquele que deve ser protegido. Contratos são celebrados virtualmente e muitas vezes, seu cumprimento também ocorre desta forma. Estes são apenas alguns dos inúmeros exemplos no qual vemos que o virtual substituiu o real.⁷⁴

E o Direito? E as normas, o positivismo jurídico? E a Constituição como fundamento máster do Direito posto? E os direitos fundamentais? E a honra, a imagem, a liberdade de expressão? E a privacidade? A dignidade da pessoa humana? Como ficam todos esses conceitos até então trabalhados? O Estado de Direito acabou? A Constituição perde seu valor?

Sendo a internet um território livre, o que reina ali é a total anarquia, a falta de regulamentação, a falta de crimes e de responsabilidades... O direito não acompanha a evolução cibernética. Não existe um Código Penal Virtual, nem

⁷² SILVA JÚNIOR, Roberto Roland Rodrigues da et al. (Org.). **Internet e o Direito: Reflexões Doutrinárias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 3.

⁷³ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 37.

⁷⁴ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 39.

mesmo uma Consolidação das Leis dos blogueiros. Se o Direito não a acompanha, a internet é um território livre, correto? Sem leis, pronto para ser desbravado, não?

A única resposta possível a estas perguntas é “Não”. O Direito pode não ser tão rápido quanto uma postagem de um vídeo, ou nem mesmo tão objetivo quanto os cento e quarenta caracteres de um *tweet*, mas ainda assim acompanha e proíbe o crescimento exagerado da internet. Neste mesmo sentido, entende Elcio Nacur Rezende em artigo da sua autoria, no qual afirma categoricamente a necessidade do Direito regular também o meio virtual no trecho que se reproduz:

“Obviamente, a internet não é "território livre" ou "sem leis" e, justamente em razão disto, se faz necessário que o Direito Virtual torne-se, cada vez mais, estudado pelos juristas e, sobretudo, tratado pelos tribunais com a seriedade, imputando de forma implacável aos que ali operam a responsabilidade por seus atos.”⁷⁵

Ou seja, o Direito é um fator preponderante de intermediação dos avanços tecnológico e não se deve negar esta sua importância. Afinal, o Direito, como ciência, sempre mudou seus fundamentos metodológicos e princípios gerais para se situar no momento histórico em que se encontrava, conforme vimos amplamente quando perpassamos pelas fases liberal, social e democrática do Estado de Direito e notamos os conceitos que foram sendo incorporados ao próprio conceito de Direito para que este acompanhasse as mudanças sociais. Desta forma, diante desta nova sociedade da informação – esta sociedade virtual – é necessária apenas uma nova evolução do próprio Direito, de forma a acompanhá-la.⁷⁶

Em síntese, o mundo está diante de uma nova realidade social e o Direito vem tentando se moldar a ela, adaptando normas já existentes às novas situações, uma vez que faltam normas específicas para a infinidade de problemas que podem surgir da internet. Essa nova realidade é o ponto de partida do Direito Digital, que busca acompanhar um mundo em que, por mais que a privacidade parece estar em extinção, diante do caráter invasor da rede, ao mesmo tempo se busca mais segurança jurídica e mais proteção estatal. É basicamente o que se

⁷⁵ REZENDE, Elcio Nacur. **A Súmula 403 do Superior Tribunal de Justiça e o uso indevido da imagem das pessoas naturais no ambiente virtual**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13958/a-sumula-403-do-superior-tribunal-de-justica-e-o-uso-indevido-da-imagem-das-pessoas-naturais-no-ambiente-virtual#ixzz27t8RVOIB>>. Acesso em: 29 set. 2012.

⁷⁶ SILVA JÚNIOR, Roberto Roland Rodrigues da et al. (Org.). **Internet e o Direito: Reflexões Doutrinárias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 8.

depreende da afirmativa de que “as novas regras de conduta, nascidas da tendência crescente de proteção da privacidade, segurança da informação e governança corporativa, trouxeram novas exigências para o profissional do Direito”.⁷⁷

2.2. O Direito Digital

O Direito Digital, como se vê, surge como uma ferramenta para harmonizar a tecnologia e a sociedade, mas, para que a necessidade de o Direito criar um ramo específico para regular as relações sociais? Qual o interesse que o Direito tem em uma fatia específica do meio social a ponto de se desenvolver todo um escopo jurídico para proteger seus indivíduos? Quais são, de fato, os impactos da internet na sociedade a ponto de chamar a atenção do Direito?

Para responder a estas perguntas e, sobretudo, para introduzir o Direito Digital como elemento deste estudo, melhor definição não há senão a de Helini Sivini Ferreira, ao analisar o mundo em que se inseriu os conceitos de evolução tecnológica:

“É incontestável que a sociedade atravessa uma fase de grandes transformações. A sociedade moderna, que trazia consigo a idéia de que o progresso e o desenvolvimento seriam os únicos caminhos que conduziriam ao crescimento econômico e, conseqüentemente, ao alcance do bem-estar social, percebe agora que houve um grande equívoco. A fé no progresso não foi capaz de concretizar a esperança que se tinha da chegada de um futuro radioso; o desenvolvimento, por sua vez, outrora tão estimulado, trouxe consigo conseqüências desastrosas pelas quais não se esperava.”⁷⁸

Desta forma, diante de situações que poderiam trazer as desastrosas conseqüências que a autora faz alusão, era necessário, antes que a situação tomasse proporções gigantescas, se preocupar em dar maior atenção ao uso da internet, uma vez que não era possível frear seu crescimento, nascendo daí a ideia de se desenvolver um novo ramo do Direito, que estudasse mais profundamente e desenvolvesse teorias acerca das novas situações surgidas desse novo mundo, nasce assim o Direito Digital.

⁷⁷ PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 37.

⁷⁸ FERREIRA, Helini Sivini *in* *Direito e Informática*. ROVER, Aires José (Org.). São Paulo: Manole, 2002. p. 1.

2.2.1. O nascimento do Direito Digital:

Se observarmos bem, há pouco mais de 40 anos nem mesmo o termo “globalização” existia e a informação era um item caro e de difícil acessibilidade. Tal constatação só demonstra como foi rápida essa evolução digital. Mas o avanço tecnológico surtiu efeito além da tecnologia, modificando as próprias estruturas da sociedade, os conceitos, as relações e os métodos de trabalho.

Até mesmo o Direito foi influenciado por esta nova realidade. O que antes era burocrático e demorado, ganha mais agilidade e simplicidade com o advento das novas tecnologias. “A dinâmica da era da informação exige uma mudança mais profunda na própria forma como o Direito é exercido e pensado em sua prática cotidiana”. Temos como exemplo de como o Direito pode se beneficiar da internet, no Brasil mesmo, a criação dos Diários de Justiça Eletrônicos e dos próprios processos eletrônicos, que se mostraram ferramentas de grande valia à uma maior agilidade na prestação jurisdicional.⁷⁹

Sobretudo, é importante destacar também que esta nova realidade instaurada não é resultado apenas do avanço tecnológico, totalmente dissociada do cotidiano. O mundo já estava em transformação e a internet só surgiu para agilizar ainda mais esse processo. A mudança ocorreu nas pessoas, em seus anseios e objetivos de vida e, exatamente por isso, tais mudanças foram incorporadas de maneira natural ao cotidiano de todos.⁸⁰

Essa mudança da conjuntura atual é tão ampla que gera efeitos em todos os ramos da vida dos indivíduos, além de mudanças políticas e econômicas importantes, e o Direito tem o dever de acompanhar essa mudança. É o que se apreende das palavras de Patrícia Peck Pinheiro, ao falar sobre a Internet, a mudança que esta casou no mundo e o dever do Direito de acompanhá-la:

⁷⁹ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 43.

⁸⁰ Idem. *Ibidem*.

A internet é mais que um simples meio de comunicação eletrônica, formada não apenas por uma rede mundial de computadores, mas, principalmente, por uma rede mundial de Indivíduos. Indivíduos com letra maiúscula, porque estão inseridos em um conceito mais amplo, que abrange uma individualização não só de pessoas físicas como também de empresas, instituições e governos. A internet elimina definitivamente o conceito de corporação unidimensional, impessoal e massificada. Isso significa profunda mudança na forma como o Direito deve encarar as relações entre esses Indivíduos.⁸¹

Esta nova forma de controle exercido pelo Direito sobre a internet talvez não seja a ideal, mas é a mais adequada à uma situação onde é impossível ter controle total, uma vez que a internet vive em constante mudança. Não é mais o momento de se buscar leis que regulamentem tudo, é o momento de se fazer leis que regulamentem o mínimo e permitam ao juiz a interpretação e adequação dos casos específicos às regras preestabelecidas.

Segurança jurídica, neste novo mundo, não é mais ter uma lei prevendo cada situação que possa ocorrer, mas sim ter leis de cunho geral que possam ser perfeitamente aplicadas às especificidades de qualquer caso, o que difere totalmente do conceito que se tinha de segurança jurídica no século passado, por exemplo, no qual esta era a representação exata da existência de uma sanção trazida em uma lei positivada. O positivismo jurídico, como fora inicialmente imaginado, morreu com o advento da internet, uma vez que o Direito regular, posto, não é mais capaz de acompanhar a evolução do *cyberespaço*.⁸²

Como regular algo que não existe de forma totalmente definida, mas sim está em constante construção? Afinal, o conceito anteriormente trabalhado de internet é completo? Atinge os objetivos afirmar que esta se trata de uma rede mundial de computadores, mas, é apenas isto? Não, muito pelo contrário. O que se nota é que ela progrediu e chegou aos mais variados lugares e equipamentos, podendo ser acessada por meio de celulares, *palms*, *notebooks*, *tablets*, etc. Hoje em dia é possível acessar a internet de carros, aeronaves ou até mesmo de televisores e outros eletrodomésticos ultramodernos.⁸³

⁸¹ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 43.

⁸² CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de informação, liberdade de expressão e internet in Internet e o Direito: Reflexões Doutrinárias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 87.

⁸³ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 38.

Se, nesta nova realidade, fosse se olhar o Direito da forma mais positivista do seu conceito, o fato de existir uma hipotética norma que proíba a publicação de vídeos, por computadores, que violem direitos da personalidade de terceiro não teria condão suficiente para atingir alguém que, eventualmente, postou tal tipo de vídeo de um celular, ou um *tablet*. Esta pessoa estaria livre de qualquer responsabilização pelo seu ato, numa visão positivista clássica? Sim. Naquele momento, valia a lei posta e não o objetivo do legislador ao editá-la. Mas numa visão mais moderna, não seria assim. Existe uma Constituição que diz que aquele que violar a intimidade de alguém pagará indenização à sua vítima. Não importa se isso aconteceu pessoalmente, por correio, bilhete, pombo-correio ou pela internet. E se foi virtualmente, pode ter sido de um computador, um celular, ou até mesmo de uma geladeira *hightech*.⁸⁴

Afinal, na vida em sociedade, todos são educados nos conceitos de “certo” e “errado”, dentro dos valores sociais, morais e éticos estabelecidos nas normas vigentes. Além do mais, o desconhecimento da lei não exclui sua ilicitude, uma vez que o valor moral por ela protegido deve ser de alcance geral e de conhecimento público, permanecendo a reprovabilidade de condutas diversas àquele Direito.⁸⁵

Desta forma, diante das novas condutas e comportamentos que surgiram com o crescimento da internet, ainda assim se deve defender os valores sociais preservados também fora da rede mundial de computadores, e para tanto, nada mais é necessário senão orientação e treinamento do profissional do Direito. É tudo uma questão de se adaptar os preceitos já vigentes e conhecidos às novas relações virtuais.⁸⁶

Para ilustrar esse pensamento, Patrícia Peck Pinheiro faz um interessante jogo de atribuições, comparando situações cotidianas reguladas pelo Direito com novas situações que muito se assemelham à elas, mas ocorrem em meio virtual, exemplificando bem a ideia exposta acima.

⁸⁴ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 38.

⁸⁵ Idem. Ibidem. p. 41.

⁸⁶ Idem. Ibidem. p. 39.

Ou seja, desde pequenos ouvimos que não devemos deixar a porta de casa aberta (que é o mesmo que dizer para não deixar o computador aberto logado sem usuário), que não devemos falar com estranhos (que é o mesmo que abrir um e-mail de remetente desconhecido ou um anexo suspeito), que não devemos dirigir sem cinto de segurança (que é o mesmo que usar o computador sem antivírus e firewall), que não devemos caminhar sozinhos por ruas desertas e desconhecidas, principalmente à noite (que é o mesmo que acessar sites não seguros), que só devemos assinar depois de ler as letras miúdas dos contratos (que é o mesmo que ler atentamente as Políticas Eletrônicas e Disclaimers, antes de dar o clique no “sim”), que não devemos deixar nossos documentos soltos e, se os perdermos, devemos fazer um Boletim de Ocorrência (que é o mesmo que não passar sua senha ou sua assinatura digital para outro usar), entre outros.⁸⁷

Após a leitura deste parágrafo percebe-se a ideia que vinha sendo trabalhada: a de que a maioria das situações “novas” advindas da evolução tecnológica e do crescimento exagerado da internet são completamente adequáveis às regras já estabelecidas nas relações interpessoais “reais”. Que tanto os indivíduos devem obedecer as normas preestabelecidas, quanto o Direito deve garantir a aplicabilidade de suas normas também na rede mundial de computadores.

Portanto, retornando às indagações feitas no início deste tópico, de forma alguma a internet acabou com o Estado de Direito ou diminuiu a força da Constituição, a rede mundial de computadores não é um território livre, muito menos anárquico, e todas as regras adotadas na vida social podem e devem ser adotadas também na vida virtual. A mudança do Direito, na verdade, para conseguir acompanhar o inacompanhável, deve acontecer na sua interpretação e, sobretudo, em sua aplicação.

A nova exegese jurídica surge unicamente em razão da internet, motivo pelo qual costuma ser chamada pelos doutrinadores de Direito Virtual ou Direito Digital, que nada mais é senão um novo ramo do Direito, responsável por, num primeiro momento, adaptar o direito posto e sua aplicabilidade ao virtual e, desta forma, já ir influenciando nas novas normas editadas, que deverão contemplar, ou pelo menos prever, sua aplicabilidade também na rede mundial de computadores.

⁸⁷ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 40.

Todo este processo que culminou no surgimento do Direito Digital, no entanto, não foi tão simples. A criação de um novo ramo do Direito é sempre complicada e os juristas, principalmente os mais antigos e positivistas, se mostram sempre muito avessos à inovações negando se posicionar acerca de alguma nova situação de maneira mais objetiva até que esta chegue a uma posição de eclosão de conflitos.⁸⁸

Portanto, até se chegar ao ponto no qual o Direito Digital é uma realidade, um longo caminho foi percorrido e inúmeras discussões foram suscitadas pelos mais eminentes juristas do mundo. E essa nova visão do direito é decorrência direta das transformações havidas, uma vez que sendo este um instrumento de soluções para a sociedade civil, estas soluções têm de surgir tão rápidas e eficientes quanto a sociedade em constante transformação que pretende acompanhar, devendo se adaptar e mudar, quando preciso for.⁸⁹

Desta forma, a ultrapassada ideia do Direito, de que este é resultado da interpretação solitária de um jurista, chega ao fim, dando espaço a uma nova visão de Direito, na qual ele é a ferramenta de solução prática de planejamento e estratégia, que só pode ser feito em equipe, tendo contato direto com a sociedade, que encontra-se em constante transformação.⁹⁰

O Direito não deve ser complexo, uma vez que as relações que este tenta regular já o são, razão pela qual deve-se tentar fazer do Direito algo simples e objetivo de forma a facilitar a resolução dos conflitos advindos das relações sociais. Portanto, se a sociedade muda, é dever do Direito também mudar, evoluir para adaptar-se.⁹¹

⁸⁸ PINTO, Marcio Morena. **O Direito da Internet**: o nascimento de um novo ramo jurídico. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2245/o-direito-da-internet-o-nascimento-de-um-novo-ramo-juridico>>. Acesso em: 29 set. 2012.

⁸⁹ Idem. Ibidem.

⁹⁰ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 45.

⁹¹ Idem. Ibidem.

2.2.2. A evolução do Direito “Virtual”

Até este momento ficou claro o impacto do crescimento da internet na sociedade e, conseqüentemente, no Direito. Outro ponto já discutido foi a falsa sensação do usuário da rede mundial de computadores de que a internet é um território livre, sem leis. Já ficou claro que os conceitos gerais do Direito, presentes por trás das normas vigentes, devem ter cobertura também em todo o meio virtual, tendo o condão de afetar aqueles que os violam também no *cyberespaço*.

Desta forma, é fácil identificar a necessidade de um novo ramo do Direito, responsável por, num primeiro momento, acompanhar a evolução cibernética e verificar a aplicabilidade dos preceitos morais e éticos pregados pelas normas também na internet e, estando o profissional de Direito bem atualizado no Direito Digital, este assume sua segunda fase, que é influenciar a produção legislativa atual, que já deve englobar também o mundo virtual.

E este novo ramo do Direito, o Direito Digital, já nasceu enfrentando diversos problemas, uma vez que deve enfrentar as mudanças sociais surgidas com a internet e buscar definições em um mundo descentralizado e sem limites territoriais e físicos específicos, além de ser capaz de tomar decisões em altas velocidades e se preparar para a resposta imediata dos indivíduos. E, surgindo exatamente no momento em que essas transformações eclodem na sociedade, esse novo ramo do Direito deve ser capaz de equilibrar e lidar com a contradição entre individualismo e globalização, conceitos tão antagônicos que convivem harmonicamente nesse novo mundo que surge.⁹²

E o que se deve ter em mente, nesse primeiro momento do surgimento do Direito Digital, é que a internet, por mais que seja a grande causadora dessa nova ordem mundial, é apenas uma ferramenta, sendo os indivíduos por trás dela o grande objeto desse novo ramo do Direito. A conduta humana deve ser algo de observância obrigatória pelo direito, e não optativa, razão pela qual são criadas as normas jurídicas, para e pela conduta humana. É o cerne de todo o estudo já realizado até aqui por este trabalho, como se observa na transcrição de Patrícia Peck Pinheiro abaixo:

⁹² PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 50.

O Estado de Direito tem como princípio fundamental a liberdade do homem, sendo seus estatutos concebidos para adequar, dentro do ordenamento jurídico-social, os conceitos basilares que limitam essa liberdade, conferindo ao cidadão um direito subjetivo e irrenunciável.⁹³

Diante disso é fácil se constatar o que se afirma neste momento: tendo o Direito o dever de seguir o fluxo dos indivíduos que controla, este se torna a balança entre o Poder e o Indivíduo, o que, no presente caso, justifica o advento do chamado Direito Digital, uma vez que é seu dever fazer a perfeita adequação da norma às novas realidades sociais, incorporando as mudanças em uma estrutura flexível que possa sustentá-la no tempo, gerando maior segurança jurídica.⁹⁴

Acerca deste momento histórico, como introdução ao Direito Digital, as palavras de Patrícia Peck Pinheiro se tornam de grande valia para entender a base desse novo ramo do Direito que passa-se a explorar nos próximos parágrafos:

Na Era Digital o instrumento do poder é a informação, não só recebida mas refletida. A liberdade individual e a soberania do Estado são hoje medidas pela capacidade de acesso à informação. Em vez de empresas, temos organizações moleculares, baseadas no Indivíduo. A mudança é constante e os avanços tecnológicos afetam diretamente as relações sociais. Sendo assim, o Direito Digital é, necessariamente, pragmático e costumeiro, baseado em estratégia jurídica e dinamismo.⁹⁵

Neste momento, portanto, é necessário conceituar o Direito Digital, que pode ser entendido como uma evolução do próprio Direito, uma ramo que o constitui. Este ramo é responsável pela aplicabilidade do próprio Direito, seus princípios fundamentais e institutos vigentes, e aplicá-los nas novas relações digitais, principalmente nos problemas gerados a partir destas relações.

É também dever do Direito Digital, além da garantia da aplicabilidade do direito posto, a introdução de novos institutos específicos da era digital no pensamento jurídico em todas as suas áreas.⁹⁶ Logo, é fácil notar que o Direito Digital, mesmo sendo uma parte integrante do Direito como um todo, influirá diretamente em todas as outras áreas do Direito, criando elementos que poderão ser aproveitados seja no Direito Civil, Criminal, Tributário, Comercial, etc.

⁹³ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 53.

⁹⁴ Idem. Ibidem.

⁹⁵ Idem. Ibidem. p. 70.

⁹⁶ Idem. Ibidem. p. 71.

Os profissionais do Direito, portanto, devem estar aptos também a manejar o Direito Digital, porque, seja no meio virtual ou não, sempre fora dever deles a defesa dos direitos fundamentais do direito posto, tal como o direito autoral, dos *royalties* e dos direitos fundamentais, tal como a imagem e a privacidade.⁹⁷

Trata-se, portanto de uma atualização necessária ao profissional do Direito, que vai continuar exercendo sua profissão objetivando a defesa dos mesmos direitos que já defendia anteriormente, mas agora em uma outra realidade, onde a ofensa e o dano podem ocorrer a apenas um clique de distância, e alastrar-se de maneira assustadora.

O que tem que se observar aqui é que o Direito Digital não é um “Direito da Internet”. O meio é instrumento fundamental para o advento e crescimento desse novo Direito, mas não o responsável direto. Sim, é fato que com o crescimento da rede de computadores gerou um aumento significativo de crimes virtuais, violações aos direitos do consumidor, infrações à propriedade intelectual e agravos à honra e imagem, bem como outros tipos de violações à direitos personalíssimos, entre tantos outros “crimes cibernéticos”, tudo em razão do relativo anonimato proporcionado pela internet. Mas identificar a internet como instrumento para a realização desses ilícitos não permite a identificação do Direito Digital como sendo um “Direito da Internet”, assim como não há um Direito da Televisão, ou um Direito Radiofônico.⁹⁸

O Direito Digital, portanto, surge em razão do crescimento exagerado do veículo de comunicação citado – a internet – mas tem um campo de aplicação e desenvolvimento muito mais ampliado do que unicamente a internet. O que se busca, na verdade, é a intercomunicação dos variados ramos do Direito e a aplicação de seus princípios às peculiaridades que a internet possui.⁹⁹

Portanto, retorna-se a ideia já trabalhada de que o legalismo é contrário à ideia de um Direito Digital. Aqui se fala em aplicação de princípios gerais do Direito, e não se procura o formalismo de uma lei positivada. O que se busca, portanto, é muito mais um trabalho de interpretação do Direito existente do que um

⁹⁷ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71.

⁹⁸ Idem. Ibidem. p. 72.

⁹⁹ Idem. Ibidem.

trabalho legislativo no sentido de se esgotar a infinidade de possibilidades que as relações virtuais podem gerar, porque isso é impossível. “No Direito Digital prevalecem os princípios em relação às regras, pois o ritmo de evolução tecnológica será sempre mais veloz que o da atividade legislativa”.¹⁰⁰

E este é um ponto ao qual se deve dar atenção: o que se chama aqui de Direito Digital, conforme o próprio entendimento de Patrícia Peck e dos outros especialistas no assunto, se trata de uma ramificação teórica da matéria. O Direito é único, o fato de ter um ramo “Digital” só demonstra a importância de se dar maior atenção ao tema, mas todo o direito, seus princípios e valores, é encontrado no próprio Direito, qualquer que seja sua área. Neste sentido, reproduz-se a dedução de Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho:

“Se a rede é usada para a prática de crimes, usam-se os tipos penais existentes. Se se trata de pedofilia, serve-se do artigo 241 do ECA. Se ela for usada para o tráfico de drogas, a Lei de Tóxicos, ou mesmo o tipo de apologia de fato criminoso. Quando ocorrer violação de correspondência pela forma do e-mail, aplica-se o artigo 151 do Código Penal. [...] A apropriação de obra intelectual pela rede é passível de sanções previstas na Lei de Direito Autoral, Lei nº 9.610/98 [...] se se usar a rede para a informação de notícias, deve-se usar a Lei de Imprensa [...] Se se tratar de publicidade, o Código de Defesa do Consumidor é aplicável, com suas modernas regras de publicidade ilícita, contrapublicidade, responsabilidade presumida, previstas nos artigos 36 a 38 e 60 da Lei nº 8.078/90 [...]”¹⁰¹

Deste trecho apreende-se que o que aqui se chama de Direito Digital é apenas uma ramificação estrutural do Direito que, sendo uno e indivisível, continua aplicável, qualquer seja o meio em que as relações sociais estejam ocorrendo. A mudança, portanto, é muito mais simbólica que efetiva. É uma mudança de interpretação da norma, de sensibilidade do profissional do direito de se afastar um pouco do direito posto e se aproximar mais da sociedade, flexibilizando mais a norma escrita.

Ou seja, o Direito Digital trabalha com um objeto que está em constante transformação, portanto, não há que se falar em um direito positivista, mas sim num direito que utiliza-se de conceitos gerais e princípios – que são atemporais – bem como da consciência de seus destinatários para

¹⁰⁰ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 72.

¹⁰¹ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de informação, liberdade de expressão e internet in Internet e o Direito: Reflexões Doutrinárias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 87.

autorregulamentar as situações que podem surgir de suas relações, que são infinitas.

A velocidade das transformações é uma barreira à legislação sobre o assunto. Por isso qualquer lei que venha a tratar de novos institutos jurídicos deve ser genérica o suficiente para sobreviver ao tempo e flexível para atender aos diversos formatos que podem surgir de um único assunto.¹⁰²

Desta forma, até este momento, chega-se a três premissas básicas do Direito Digital: (i) é parte integrante do Direito, que tem por dever mesclar os outros ramos do Direito, e aplicar seus princípios às questões relacionadas à internet; (ii) Tem um trabalho predominantemente interpretativo, buscando adequar os conceitos e institutos do direitos às relações virtuais e, (iii) quando legisla, o Direito Digital deve buscar sempre criar normas e conceitos básicos e genéricos, de forma a perpetuar sua aplicação no tempo e nas mais variadas situações possíveis que possam decorrer de um determinado fato.

Tomando por base todas essas referências, o Direito Digital traz a oportunidade de aplicar dentro de uma lógica jurídica uniforme uma série de princípios e soluções que já vinham sendo aplicados de modo difuso – princípios e soluções que estão na base do chamado Direito Costumeiro. Esta coesão de pensamento possibilita efetivamente alcançar resultados e preencher lacunas nunca antes resolvidas, tanto no âmbito real quanto no virtual, uma vez que é a manifestação de vontade humana em seus diversos formatos que une estes dois mundos no contexto jurídico. Logo, o Direito Digital estabelece um relacionamento entre o Direito Codificado e o Direito Costumeiro, aplicando os elementos que cada um tem de melhor para a solução das questões da Sociedade Digital.¹⁰³

Assim conclui-se esta parte sobre o Direito Digital, demonstrando quais são seus elementos constitutivos e suas funções, quando observado como sendo uma ramificação do próprio Direito. Entretanto, isto não põe fim a discussão, uma vez que existe uma grande parcela de juristas que questionam a regulação da internet pelo Direito. E regulação aqui deve ser vista em um aspecto bem maior do que a própria lei, podendo esta ser exercida também administrativamente, com o Estado atuando no papel de fiscalizador. E esta é outra barreira pela qual o Direito Digital tem que passar.

¹⁰² PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 73.

¹⁰³ Idem. *ibidem*. p. 73-74.

2.3. A possibilidade de regulamentação administrativa da internet

Como se viu, é aceito hoje por uma parcela significativa de juristas o advento de mais uma ramificação do Direito: o Direito Digital, Virtual ou Cibernético. Qualquer que seja a nomenclatura que se lhe destine, entretanto, ainda assim inúmeras questões são levantadas: Qual a efetividade deste controle exercido pelo Direito Digital? Este ramo ficará mais ligado ao aspecto filosófico ou vai buscar ferramentas materiais para, de fato, regular a internet? Como os magistrados aplicarão as normas? Qual o poder de discricionariedade lhes é permitido na interpretação, à luz do Direito Digital, das normas e princípios? Qual a participação do Estado, administrativamente falando, na internet?

Todas são questões importantes e que devem ser discutidas em momento oportuno neste trabalho, mas esta última é a que mais chama atenção. Como já vimos, só o Estado detém o monopólio do poder e só o Direito pode mensurar o uso deste poder pelo Estado. Desta forma, qual deve ser a atitude do Estado ante a internet? Deve este adotar uma postura mais abstencionista ou mais controladora? Os limites desta postura deverá ser acompanhados pelo Direito? O Direito deve permitir uma intervenção, em grandes proporções, do Estado no Direito?

Vale ressaltar, já no início da discussão, que não existe resposta absolutamente correta para tais indagações. A intervenção estatal, seja em qual área ocorra, é objeto de muita discussão e vai assumindo posturas que mudam com os anos, servindo por base apenas a jurisprudência e a doutrina para guiar aqueles que se indagam sobre o assunto. O interessante, por outro lado, é que exatamente por não ter uma resposta definida, as discussões trazem diversos argumentos interessantes.

É interessante, por exemplo, a discussão trazida à baila pelo direito norte-americano quando o governo baixou a *Telecommunication Act* de 08/02/1996, no qual constava em seu título V a *Communication Decency Act*, que, sob o argumento de proteção às crianças ao material indecente exposto na web, deu ao governo um poder de controle sobre a internet. E, ressalvadas as regras específicas

daquele país, as discussões dos juristas contra este ato do governo trouxeram ponto de vistas úteis a questão em cheque. Sobretudo, se destaca as palavras de Christine Pellegrini Busch ao afirmar que “Talvez, por ser um novo meio único, a internet não deveria ser submetida ao modelo Constitucional criado pelas Cortes durante anos para impor restrições da palavra aos meios de comunicação”.¹⁰⁴

De fato, o que se deve ter em mente ao adentrar nesta discussão é que a própria internet se pauta em dois grandes princípios e direitos fundamentais: a liberdade de manifestação e a liberdade de comunicação. Estes dois princípios foram encarnados com o advento da internet, que se pauta exatamente em se tornar um território livre, sem fronteiras, onde os indivíduos podem se manifestar livremente sem medo de retaliações. E exemplos disso vimos aos montes nos telejornais, ao acompanhar notícias de pessoas que mantêm blogs em países em guerra ou muito rigorosos quanto à liberdade de sua população.

E aqui se vislumbra outra questão importante: tendo em vista que a ideia por trás da internet é pautada em dois direitos fundamentais e que estes têm proteção constitucional, e portanto, o controle exercido pelo direito sobre eles ocorre apenas quando houver excessos em seu exercício, a discussão então muda de foco, uma vez que um eventual controle do Estado na internet não interferiria nestes conceitos, o que se questiona é a possibilidade de o Estado controlar o instrumento utilizado para expor tais ideias e/ou informações, ou seja, a própria internet, como um instrumento.¹⁰⁵

Logo, a discussão passa a ser outra: assim como os veículos de rádio e televisão são controlados por diversos instrumentos estatais e tantos outros requisitos, como a necessidade de concessão pública para a obtenção destes meios e regulamentação direta estatal no conteúdo transmitido, a internet também pode seguir este caminho? Também pode, a internet vista como instrumento (seus provedores), ser controlada pelo Estado?

¹⁰⁴ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de informação, liberdade de expressão e internet in Internet e o Direito: Reflexões Doutrinárias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 84-85.

¹⁰⁵ Idem. Ibidem.

Para conseguir obter uma resposta (ou se aproximar de uma, ao menos) para tal questão, é importante levantar outra questão, esta posta por Henrique Gandelman, que indaga:

“[...] a questão básica a definir é se a Internet é um meio de comunicação impresso – como, por exemplo, os jornais, revistas ou livros – e, assim sendo, estaria livre de qualquer censura prévia e de qualquer controle governamental; ou a internet é um veículo de broadcasting como a TV, por exemplo, e nesse caso sujeita ao controle governamental e a critérios de auto-regulamentação [...]”¹⁰⁶

A questão posta por Gandelman explicita bem a discussão sobre o controle ou não do Estado diretamente nos provedores de internet. A palavra, como forma de se expressar, deve ser livre, como um direito, mas ainda assim ter algum tipo de controle, já que pode causar danos irreparáveis. Por este motivo temos a tipificação de crimes como a injúria, a calúnia e a difamação ou até mesmo a definição de punição na esfera cível aos danos que esta vir a causar. E, sobretudo, esta é a justificativa para o controle prévio do Estado nos meios de radiodifusão, uma vez que dada sua facilidade de acesso (basta um clique em um controle remoto).¹⁰⁷

Neste ponto então, faz-se por bem retornar à discussão do *Communication Decency Act*, onde me posiciono semelhantemente à Christine Pellegrini Busch, ao acreditar que a internet, na verdade, é uma situação *sui generis*, não podendo ser comparada nem à televisão muito menos aos veículos impressos de comunicação. É uma situação nova. E como tal, deve trazer um novo posicionamento do Direito.

No mesmo sentido, mas trazendo um novo raciocínio, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho concorda com a não intervenção do Estado na internet, devendo, para o autor, haver interpretação da informação ou opinião que esta sendo transmitida, independente de qual meio esteja sendo usado para tanto, conforme se demonstra:

“A natureza do veículo de comunicação não deve ser o critério definitivo e preponderante para decidir sobre sua regulamentação ou

¹⁰⁶ GANDELMAN, Henrique. **De Gutemberg à internet: direitos autorais na era digital**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2001. p. 174.

¹⁰⁷ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de informação, liberdade de expressão e internet in Internet e o Direito: Reflexões Doutrinárias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 82-83.

não. O critério que deve ser adotado é o da natureza da mensagem, ou seja, da natureza do conteúdo do que se está comunicando. Com esse critério, pode-se alvitrar algumas soluções para os casos que já vêm despertando a atenção dos juristas”¹⁰⁸

Ou seja, no tocante a uma necessidade de regulamentação mais específica da internet pelo Estado, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho se posiciona de forma semelhante a de Patrícia Peck, acreditando não ser imperioso uma regulamentação maior da internet, achando que o Direito Digital, no prisma inicialmente proposto por Patrícia é suficiente para fazer um controle necessário à rede mundial de computadores, pelo menos até que os sistemas jurídicos se acostumem à internet e passem a uma fase de produção normativa voltada especificamente à internet, mas deixando a mensagem clara de que “os juristas não podem ficar esperando leis para tudo, indefinidamente”.¹⁰⁹

Desta forma se encerra a segunda parte deste estudo, que abrangeu a internet e a criação de um novo ramo do Direito com o objetivo de interpretar as normas vigentes sob um novo prisma e garantir sua aplicabilidade mesmo em meio social. Mas ainda assim resta a indagação: qual é a ferramenta regulatória da internet? A resposta a esta pergunta enfrenta exatamente a problemática proposta, e será abordada no capítulo derradeiro.

¹⁰⁸ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de informação, liberdade de expressão e internet in Internet e o Direito**: Reflexões Doutrinárias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 82-83.

¹⁰⁹ Idem. Ibidem.

3. A CONSTITUIÇÃO COMO MARCO REGULATÓRIO DAS RELAÇÕES VIRTUAIS

Este é o momento de se concluir a problemática levantada com uma proposta simplória, mas eficiente: a completude da Constituição e suficiente para regular as relações virtuais e, se esta for observada como um princípio ordenador de toda a produção jurídica infra-constitucional fica ainda mais clara que sua efetividade se dá qualquer seja o ambiente. As relações virtuais ainda assim são relações entre indivíduos e como tal estão sujeitas ao controle constitucional.

Aqui faz-se necessário apresentar a dicotomia entre regra e princípio, uma vez que ao afirmamos que a Constituição regulará as relações virtuais, não estamos dizendo que esta criará normas constitucionais com o objetivo de regular especificamente a internet. O que se afirma é que, a Constituição, como um princípio geral do Direito posto, comandará o resto do ordenamento jurídico e, sobre o prisma de seus princípios, estes se aplicarão aos casos concretos. É a efetivação da supremacia constitucional que o Estado Constitucional prevê.

Ou seja, é a adoção definitiva da Constituição como figura máxima do exercício do poder pelo Estado, uma vez que nem só de sua normatividade expressa emana o poder de ditar os rumos que todo o Direito deverá seguir naquela determinada sociedade, seja num aspecto real ou virtual.

3.1. Do Estado das regras ao Estado de princípios e garantias fundamentais:

Até aqui foi feito um estudo acerca do Estado, do Direito e da conexão e interdependência desses dois entes. Este estudo objetivou a construção de um conceito de Estado de Direito, perpassando pelas suas três fases mais importantes e culminou na ideia de um Estado Constitucional, que pode muito bem ser visto como uma quarta etapa do Estado de Direito, visando uma concepção mais moderna do termo.

Em um segundo momento, abordou-se, de forma independente, toda a evolução da internet, sob um prisma jurídico. Foi a introdução ao chamado direito digital que, como se concluiu, não se trata de um direito efetivo – um direito posto – mas sim uma nova forma de ver e pensar o direito, sob um aspecto mais técnico e preocupado também com o âmbito virtual das relações sociais. Agora, é chegada a hora de mesclar esses dois estudos independentes e chegar a uma conclusão acerca da melhor forma de se regular efetivamente a internet e as relações que dela derivam.

Entretanto, durante o estudo foram propositalmente ocultados dois pontos cruciais: a concepção do Direito como regra, fruto do positivismo jurídico, que permeou pelo Direito durante muitos séculos e até hoje ainda é muito aceito por parte da comunidade jurídica e, de outro lado, o advento de princípios e garantias fundamentais, que são a base de toda a ideia moderna de Estado Constitucional e reside mais na valoração de princípios do que de regras.

Esses dois pontos são exatamente a antítese e a síntese da ideia que construímos de Estado Constitucional e, exatamente pela complexidade da discussão proposta quando comparados e importância para a conclusão que se fará sobre a problemática proposta, merecem espaço especial no capítulo conclusivo do estudo, pois são uma discussão a parte da construção do Estado de Direito, mesmo que deles integrantes.

Vale ressaltar, entretanto, que a discussão aqui proposta encontra guarida no campo teórico e, entre uma infinidade de vetores propostos, dá destaque apenas àqueles com pertinência ao tema do presente estudo, sobretudo, às posições clássicas da doutrina acerca do tema. Ou seja, por mais que se demonstre uma evolução do pensamento jurídico tendo por ponto de partida o positivismo e o seu fim na criação de direitos fundamentais, tal discussão não nega qualquer dos dois pontos, sendo inclusive, necessário destacar que conviveram durante muito tempo juntos, em diversas sociedades. Esta “guerra” entre esses dois elementos, portanto, fica apenas no campo teórico e, na práxis, já chegou a ser efetivada de forma harmônica.

Ou seja, assim como o advento de uma concepção social do Estado de Direito não extinguiu a base liberal do mesmo, não é necessário que aqui se veja tudo preto no branco, e a existência de um ideário positivista não exclui os direitos fundamentais, uma vez que estes são parte integrante do próprio conceito de Estado de Direito e aquele foi tão amplamente difundido que também se enraizou no próprio conceito de Estado de Direito.

3.1.1. Do Positivismo Jurídico

Falar sobre o positivismo jurídico é um parêntese necessário à proposta feita neste trabalho, uma vez que este é o principal argumento contrário à efetivação dos princípios constitucionais como fonte primária de regulamentação da internet pelo Direito. Por este motivo, esta entre tantas outras teorias clássicas do Direito, ganha uma atenção especial com regular desenvolvimento, mostrando-se necessária a conclusão que se aproxima.

A corrente positivista surge na Europa no início do século XIX, sendo fruto do liberalismo pregado pela burguesia e, conseqüentemente, influencia fortemente a fase liberal do Estado de Direito. Esta corrente nasce com o objetivo justificar o Direito a partir da análise das leis, sendo estas a própria materialização do direito, desde que respeitados seus requisitos formais para sua edição.¹¹⁰

Desta forma, na medida em que o Direito passa a ter mais importância, muitas teorias surgem para explicá-lo sobre a ótica de um fenômeno social, uma vez que a sociedade ansiava, mas não estava completamente pronta para migrar do Estado absolutista ao Estado de Direito sem um grande choque, uma vez que até mesmo os conceitos de direitos, garantias, liberdades e muitos outros pregados pelos iluministas, eram desconhecidos de grande parte dos indivíduos.¹¹¹

¹¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 28.

¹¹¹ Idem. Ibidem.

Desta forma, é necessário entender o positivismo jurídico, corrente respeitadíssima da Teoria do Direito, que não é nem uma fase anterior ao Estado de Direito nem posterior, não sendo nem mesmo parte integrante de seu conceito, mas sim uma forma de se interpretar o próprio direito sob outro ponto de vista, outro prisma. Ela busca um sentido para o Direito e para o próprio fenômeno jurídico.

Portanto, a primeira parada no estudo acerca da corrente juspositivista se dá no Princípio da Legalidade, parte integrante e essencial da nova concepção positivista do direito que era então proposta e que foi incorporado ao próprio Estado liberal. Tal princípio preceitua que o Estado deve submeter-se ao império da lei e que esta, vista como fruto da própria vontade do povo, representado no ato de edição pelo parlamento por eles eleito, detinha a hierarquia de dizer o Direito.

Amplamente utilizado por todas as áreas do Direito moderno – tendo ainda mais destaque no Direito Penal e no Direito Administrativo – quando do seu surgimento, o princípio da legalidade foi o propulsor do Estado liberal de Direito, uma vez que incrementa ao conceito de Direito tudo o que a sociedade mais desejava à época: um caráter mais protecionista ao cidadão (de maneira mais superficial), suas liberdades e à sua propriedade, estando este elemento incluído necessariamente na Lei, que seria o instrumento essencial para se promover tal proteção, por emanar do Parlamento escolhido pelo próprio povo.¹¹²

Desta feita, a partir desse princípio, nascerá também o positivismo jurídico, que é uma teoria que elimina essa parte protecionista do princípio da legalidade focando-se apenas no fato de que deve sempre decorrer da lei qualquer limitação ao poder do Estado, dando vazão a um posicionamento extremamente legalista, que também estava impregnado nos primeiros Estados de Direitos surgidos no mundo, em razão da grande influência dos ideais Liberais da época.¹¹³

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 31.

¹¹³ Idem. Ibidem. p. 32.

Portanto, é hora de conceituar o positivismo jurídico, que, de forma mais didática, pode ser entendido como sendo uma corrente da teoria do direito que, de maneira bem reducionista, iguala o Direito à Lei, procura explicar o fenômeno jurídico – e finalisticamente o próprio Direito – a partir do estudo das normas positivadas, ou seja, para os juspositivistas, o Direito nada mais é do que o Direito posto, desde que este seja formalmente legítimo.

Privilegia-se, nesta corrente, a observação crua do intérprete do que seria o Direito, tendo por base apenas as leis criadas, sendo elas o próprio direito desde que preenchessem os requisitos formais de sua edição, quais sejam: que elas tivessem emanado de autoridade competente para editá-las, que tenham seguido o procedimento previsto legalmente para sua edição, bem como que elas respeitassem os limites temporais e geográficos e obedecessem as regras já estabelecidas no ordenamento, não criando qualquer antinomia.¹¹⁴

Ou seja, o positivismo jurídico é excessivamente formal, privilegiando a forma da criação da norma e não o seu conteúdo, não utilizando como parâmetros para julgá-la elementos como a moral, a ética, a política ou a justiça. Mesmo que eminentemente injusta, uma norma, para um juspositivista, é O Direito se tiver seguido todo o procedimento previsto para a sua edição.¹¹⁵

Estudo interessante sobre o positivismo faz Luiz Guilherme Marinoni, que inicia seu estudo afirmando o que aqui já ficou claro, que o positivismo jurídico parte da ideia trazida pelo princípio da legalidade para se criar toda uma nova forma de enxergar e estudar o direito, como se observa nas palavras do Douto Professor:

“O positivismo jurídico é tributário dessa concepção de direito, pois, partindo da ideia de que o direito se resume à lei, e, assim, é fruto exclusivo das casas legislativas, limita a atividade do jurista à descrição da lei e à busca da vontade do legislador”.¹¹⁶

¹¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 33.

¹¹⁵ Idem. Ibidem.

¹¹⁶ Idem. Ibidem. p. 34.

Também é interessante a análise realizada por Marinoni acerca do positivismo jurídico como ciência, uma vez que este era o objeto proposto pelos seguidores desta corrente: encarar o Direito da mesma forma como se encaravam as outras ciências naturais, como a Física e a Química, por exemplo. Reproduz-se:

A mera observação e descrição da norma constituem o ponto caracterizador do positivismo jurídico, que dessa forma pode ser visto como uma ciência cognoscitiva ou explicativa de um objeto, isto é, da norma positivada. Por constituir explicação da norma, o positivismo difere nitidamente da atividade de produção do direito, ou da atividade normativa, pois a tarefa do jurista positivista é completamente autônoma em relação à atividade de produção de direito, ao contrário do que acontecia à época em que a atividade da jurisprudência e dos doutores criava o direito.¹¹⁷

Ainda tendo por base o estudo realizado por Marinoni, é fácil identificar também as principais críticas à teoria do positivismo jurídico, sendo a maior delas o formalismo exacerbado deste sistema, como já antecipado anteriormente. Complementação importante a esta crítica é a afirmação de que o positivismo jurídico maneja de forma simplória o Direito, bem como as tarefas e obrigações de seus instrumentalizadores “limitando-as a uma aplicação mecânica das normas jurídicas na prática forense, na universidade e na elaboração doutrinária”.¹¹⁸

Trazendo novamente a ideia proposta no início deste tópico, de que o positivismo jurídico deve ser estudado como um parêntese necessário para se atingir os objetivos do presente estudo, faz-se importante mostrar a conclusão da análise realizada por Marinoni ao seu estudo acerca do positivismo jurídico, que resume bem a proposta deste item que se estudou:

Isso significa que o positivismo jurídico, originariamente concebido para manter a ideologia do Estado liberal, transformou-se, ele mesmo, em ideologia. Nessa dimensão, passou a constituir a bandeira dos defensores do *status quo* ou dos interessados em manter a situação consolidada pela lei. Isso permitiu que a sociedade

¹¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 32.

¹¹⁸ Idem. Ibidem.

se desenvolvesse sob um asséptico e indiferente sistema legal ou mediante a proteção de uma lei que, sem tratar de modo adequado os desiguais, tornou os iguais em carne e osso mais desiguais ainda.
119

Ou seja, aqui, já antecipando os tópicos que se seguem, Marinoni afirma que, mesmo havendo o princípio da legalidade, nascido para justificar a existência do Estado Liberal de Direito, que nascia na mesma época do surgimento desta teoria, este se mostrou muito maior que a ordem jurídica que devia justificar, tornando-se uma ideologia própria, uma nova forma de se enxergar o Direito.

A importância do positivismo jurídico para este capítulo que encerra o presente trabalho, ao se verificar que, incorporado ao direito e a produção legislativa desde os primórdios do fenômeno jurídico, o positivismo jurídico embrenhou-se na própria forma de se estudar o direito, fazendo com que a maioria dos juristas tenham uma formação mais clássica e conseqüentemente mais positivistas, criando assim a principal problemática abordada por este projeto

Entretanto, já agora será possível fazer um paralelo importante entre o positivismo jurídico e os Direitos Fundamentais que, mesmo coexistindo com aquele, demonstra ser, em sua essência, a total antítese ao que é pregado pelo ideal juspositivista.

Sobretudo, o que se pretende mostrar é que o positivismo, mesmo se mostrando uma ferramenta para o desenvolvimento do próprio Estado Constitucional, que não chegaria a tal estágio se não tivesse intimamente ligado ao princípio da legalidade e ao positivismo jurídico, deve perder força para garantir a supremacia da Constituição que o Estado Constitucional exige, uma vez que tal norma é dotada de um caráter fortemente garantidor e principiológico e nem tanto legal.

¹¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 32.

3.1.2. Do Estado de Direitos e Garantias:

A antítese que se faz referência é simples: a ideia de uma Constituição que traz garantias fundamentais é completamente oposta ao ideário positivista influenciado pelo legalismo, onde a norma é igual ao Direito. Claro que, estando os direitos fundamentais estabelecidos como normas na Constituição Federal e, sendo estes protegidos sob a tutela do poder coercitivo do Estado para garantir sua aplicabilidade, torna-se um prato cheio para os próprios positivistas alegarem que os direitos fundamentais são, na verdade, uma comprovação da tese. Mas a análise que deve ser feita aqui é muito mais profunda. Deve se olhar os direitos fundamentais por todos os seus pressupostos.

O fato de a Constituição elencar uma série de direitos que considera fundamentais para uma vida digna de seus indivíduos demonstra uma preocupação muito maior do que simplesmente criar direitos. Tais direitos tornaram-se paradigmas ao ordenamento jurídico. Trata-se verdadeiramente de princípios gerais a toda e qualquer norma infraconstitucional. São dogmas que devem ser respeitados. E o fato de estarem escritos na Constituição lhes dá mais efetividade, mas nem por isso se pode dizer que são impregnados de legalidade.

Este é um Estado de princípios e garantias fundamentais, que devem ser defendidas por todo o ordenamento jurídico, sendo vistas como verdadeiros princípios norteadores para a produção normativa do Estado. Esta visão se trata, portanto, exatamente da visão moderna de Estado Constitucional trabalhada no capítulo anterior, que se baseia, sobretudo, em três pontos: a divisão de poderes, a supremacia do Direito e a existência de garantias essenciais aos indivíduos. Os últimos dois elementos, na verdade, nada mais são do que a garantia da supremacia da própria Constituição.

Toda a construção do pensamento moderno do Estado foi feita no capítulo anterior, mas vale a pena recapitular que a preocupação com um Estado que trouxesse direitos fundamentais surgiu juntamente com os ideais liberais e é

considerada, desde então elemento fundamental da própria conceituação de Estado de Direito. Trazendo à baila os argumentos já expostos de Canotilho, percebe-se que o que difere o seu Estado de Direito do que chamou de Estado de Não-Direito é exatamente a existência dos três requisitos acima expostos, sendo claro ao expor:

“[...] o essencial de um Estado de direito: a separação de poderes, a garantia de direitos e liberdades, o pluralismo político e social, o direito de recurso contra abuso dos funcionários, a subordinação da administração à lei constitucional, a fiscalização da constitucionalidade das leis [...]”¹²⁰

Mas, tendo sido este o objeto de discussão de todo o capítulo anterior, é importante agora focar em um ponto: “a garantia de direitos e liberdades”. Do que se trata afinal, esses direitos que em sua própria nomenclatura se proclamam “fundamentais” e que, tamanha importância, também recebem a alcunha de “garantias”?

Vem, aliás, do próprio Canotilho, uma explicação satisfatória para a última indagação. Os direitos fundamentais são, por vezes, chamados de garantias porque “estão em uma esfera jurídica que se encontra antes e está sobre o direito posto”, ou seja, mais do que meros direitos, sua efetividade deve ser garantida pelo Estado, razão pela qual, por sua simples existência, já o são chamados de “garantias”. Complementa, ainda:

“Na qualidade de patrimônio subjetivo indisponível pelo poder, são os direitos e liberdades que limitam a lei, não é a lei que cria e dispõe dos direitos fundamentais. Se necessário for, os tribunais deverão desaplicar as leis violadoras de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos”.¹²¹

Tal afirmativa de Canotilho e até mesmo todo o desenvolvimento de sua tese do Estado de Direito é pautada, claramente, no célebre artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem de 1879, que afirmava quem “uma sociedade em

¹²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. 1. ed. Lisboa: Fundação Mário Soares Grandiva Publicações, 1999. p. 16.

¹²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. 1. ed. Lisboa: Fundação Mário Soares Grandiva Publicações, 1999. p. 16.

que a garantia dos direitos não está prevista nem a separação de poderes está determinada, não possui uma Constituição”.¹²²

É exatamente essa constitucionalização do direito – que traz consigo os direitos e liberdades de primeira geração – que Paulo Gustavo Gonet Branco considera o ponto inicial de toda a doutrina moderna da Constituição e dos Direitos Fundamentais, levando em conta todo o momento histórico do liberalismo e da queda do antigo regime, já trabalhado em detalhes anteriormente.¹²³ Mas sobretudo, uma colocação de Gonet Branco merece destaque:

“A idéia de que o Estado é sujeito de direitos e obrigações é essencial para que se lhe possam opor os direitos fundamentais. Enquanto o Estado se situava para além da ordem jurídica, não lhe era exigível um comportamento com base no direito. Situar o Estado como sujeito de direito, enseja o reconhecimento de uma esfera de autonomia em que os indivíduos são titulares de direitos exercitáveis contra os poderes públicos”.¹²⁴

Tal afirmativa é a base de todo o desenvolvimento de uma teoria acerca dos direitos fundamentais que Gonet detalhadamente desenvolve, explicando cada uma das gerações de direitos e do que ele chama de “caráter cumulativo da evolução desses direitos”¹²⁵, mas, por mais genial que seja o trabalho de Gonet Branco, para os interesses deste trabalho é fundamental entender os direitos fundamentais como realidade, não sendo necessário qualquer aprofundamento em suas gerações, mas sim a compreensão de sua importância filosófica para o direito.

A bem da verdade, os estudos e discussões que envolvem os direitos fundamentais atingem proporções imensas, seja acerca de sua aplicabilidade, de sua eficiência, seja em relação aos conflitos de direitos ou até mesmo sobre a sua eficácia horizontal, com a incidência destes plenamente, até mesmo nas relações entre particulares.¹²⁶ São tantas teorias, que seria impossível compila-las neste trabalho. Aqui portanto, se buscará apenas a compreensão do que

¹²² FRANÇA. (1789). Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

¹²³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Heremênutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 108.

¹²⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Heremênutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 112.

¹²⁵ Idem. Ibidem. p. 113.

¹²⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 166.

são tais direitos, sua efetividade e como estes se comunicam com o tema central deste estudo: a supremacia da constituição.

Mas sendo este um ponto diretamente relacionado à realidade de determinada sociedade, percebe-se que os direitos fundamentais são eminentemente heterogêneos, complexos e dotados de certa variabilidade, o que impossibilita que se chegue a um consenso definitivo acerca deles¹²⁷, razão pela qual se falou em compreensão, e não definição dos mesmos.

Até mesmo José Afonso da Silva, que tem em sua obra um subtítulo “Conceito de direitos fundamentais” admite a dificuldade de se conceituar algo tão complexo, conforme se verifica:

“A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no evolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem”¹²⁸

Entretanto, qualquer que seja a nomenclatura utilizada a maioria dos autores concordam que, sob o ponto de vista sociológico-jurídico aqui proposto, os direitos fundamentais tratam-se de uma realidade. Estes são, por si só, um dos pilares do Estado e traduzem-se em direitos que qualquer indivíduo nascido naquele território tem unicamente pela sua humanidade, e por estar sujeito à hierarquia estatal. É uma garantia do indivíduo contra o próprio Estado, que à eles se submete de maneira absoluta, e também contra todos os demais indivíduos, que à eles deve respeito e obediência.

Portanto, ao afirmarmos que vivemos em um Estado de Direitos e garantias fundamentais, estamos afirmando o próprio Estado Constitucional, uma vez que estes direitos são a representação expressa da ideia de um Estado regulador e equilibrado, submetido às suas próprias leis e que respeita seus

¹²⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Heremênutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 115.

¹²⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 175.

indivíduos, por meio de um elenco de princípios e garantias que a eles são oferecidas, trazendo segurança jurídica.

É, desta forma, na análise das dimensões dos direitos fundamentais que se compreende a dimensão da própria Constituição, como supremo marco regulatório a todo o ordenamento jurídico. Do entendimento dessas dimensões é possível concluir a proposta feita no presente estudo: um afastamento completo do positivismo jurídico, que não encontra mais espaço em um Estado Constitucional, e a utilização da Constituição como lei suprema do ordenamento jurídico que, como tal, o regula e influencia.

Logo, para adentrar na discussão final do presente estudo, faz-se mister reproduzir as definições de Paulo Gustavo Gonet Branco acerca das dimensões dos direitos fundamentais:

“A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde à características desses direitos de, em menor ou em maior escala, ensejarem uma pretensão a que se adote um dado comportamento ou um poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas. [...] A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais são da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para sua ação”.¹²⁹

Assim, ratifica-se a necessidade de duas compreensões para se chegar a conclusão proposta ao debate: em primeiro plano, que o Estado Constitucional se pauta, sobretudo, em dois pontos (i) a supremacia da Constituição e (ii) a existência de direitos e garantias fundamentais aos seus indivíduos, sendo este o fator de regulação do próprio Estado, compreensão esta obtida em todo o estudo do primeiro capítulo. O segundo ponto de compreensão que agora se deve ter é que os Direitos fundamentais, vistos como pilar do Estado Constitucional, servem, em última escala, para ratificarem a própria supremacia constitucional, uma vez que nela estão elencados e têm poder, desta forma, para servirem de diretrizes a todo o ordenamento jurídico.

¹²⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 152-153.

Desta forma, abre-se uma exceção a estrutura que até aqui tem sido feita e encerra-se este tópico com uma citação, porque não há melhor síntese aos dois pontos de compreensão acima propostos senão a feita brilhantemente por Paulo Gustavo Gonet Branco, ao afirmar:

“Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva de garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política e os expandem para todo o direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático”.¹³⁰

3.2. A Constituição como marco regulatório das relações virtuais

Todo o trabalho realizado encontra aqui uma conclusão que, embora sendo a mais simplória, demonstra-se a mais adequada: é à Constituição Federal que deve pertencer o dever de ser o marco regulatório da internet e de suas relações decorrentes, não havendo a necessidade de uma produção legislativa específica e muito menos de uma regulamentação política da matéria.

Sendo a Constituição a suprema norma do ordenamento jurídico pátrio e servindo esta de diretriz a todas as outras normas, a aplicação de seus princípios e regras também nas relações virtuais são mais do que suficientes para a regulamentação eficiente destas, chegando a serem plenas quando as novas normas a serem editadas – à luz dos princípios constitucionais – também observarem-nas.

Sobre esta observação, do poder supremo da Constituição enquanto norma e representação do próprio Direito, reproduz-se Gilmar Ferreira Mendes, em seu estudo sobre a teoria constitucional de Burdeau:

“A Constituição, pela forma como atua sobre o poder – afirma Burdeau -, deve ser considerada verdadeiramente criadora do

¹³⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 152-153.

Estado de Direito, pois se antes dela o poder é um mero fato, resultado das circunstâncias, produto de um equilíbrio frágil entre as diversas forças políticas que o disputam, com a Constituição, esse poder muda de natureza, para se converter em Poder de Direito, desencarnado e depersonalizado”.¹³¹

Complementando a ideia do poder da Constituição com o valor inestimável dos direitos fundamentais, traz-se também as palavras de Christine Oliveira Peter da Silva:

“Assim sendo, a concretização dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, em geral, e pelo Supremo Tribunal Federal exige um compromisso com o paradigma do Estado Constitucional, que se apresenta como aquele que desloca a supremacia da lei para a supremacia da Constituição, aquele que protege direitos fundamentais não apenas como direitos subjetivos, mas, e principalmente na sua perspectiva objetiva, e, por fim, como aquele que reconhece a interdependência entre as funções de poder [...]”.¹³²

Desta forma, ficam claros os três prismas do Estado Constitucional: a divisão de poderes do Estado, que, por ser uma realidade, não foi objeto de aprofundamento deste estudo, os direitos fundamentais, que são de máxima importância diretiva ao ordenamento jurídico e ratificam o último e fundamental elemento: a supremacia constitucional.

Todo o trabalho teórico desenvolvido foi suficiente para criar uma imagem da Constituição como uma norma dotada de eficácia e força normativa plena e, como tal, inquestionável torna-se a sua aplicação. Se a Constituição, dentro de um Estado Constitucional, tem os elementos necessários para exercer sua função jurídica, política e sociológica, não há dúvidas que esta será sempre observada e aplicada, qualquer que seja a situação.

¹³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 32-33.

¹³² PETER, Christine Oliveira. **A jurisdição e a defesa da constituição no estado constitucional brasileiro**. [S.l.], [S.d.]. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/16137920/1205471415/name/A+Jurisdi%C3%A7%C3%A3o+e+Defesa+da+Constitui%C3%A7%C3%A3o+no+Estado+Constitucional+brasileiro.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2010.

A proposta que se faz aqui, portanto, vai bem mais além: a constituição deve ser usada como um marco. Ela, por si só, é suficiente para regular toda a internet e toda e qualquer relação que neste ambiente virtual se desenvolva. Os conflitos que ocasionalmente ali ocorram, serão dirimidos e resolvidos com o uso dos princípios constitucionais que, em comunicação com a legislação infraconstitucional, são suficientes para atender aos anseios deste “novo mundo”, sem a necessidade de qualquer regulamentação especial.

Os direitos fundamentais, que fazem da Constituição uma carta de direitos tão única e especial, são feitos para os seres humanos e pelos seres humanos, desta forma, sempre lhe serão garantidos, qualquer que seja a situação e o ambiente em que haja a possibilidade de descumprimento destes. Logo, aquele que violar a privacidade de outrem, intimidade ou honra, terá o dever de indenizá-lo, não importando onde ocorreu esta violação – se no mundo “real” ou “virtual” – mas sim que, de fato, esta tenha ocorrido.

Não há qualquer discussão quanto a este último ponto unicamente porque a Constituição é suprema, todas as outras normas do ordenamento jurídico estão em consonância com ela e existe uma Corte Constitucional para garantir a efetividade desta. Portanto, a grande regulamentação da sociedade, seja onde for que esta esteja praticando seus atos cotidianos, vem do Direito, e a representação fática do Direito está na Constituição. A Constituição é, desta forma, o próprio direito.

Portanto, a discussão aqui se torna aquela que provavelmente é a discussão mais antiga do direito: a necessidade deste de acompanhar a sociedade, em velocidade semelhante àquela em que os indivíduos evoluem. E por um grande período o direito realmente não conseguiu acompanhar essa evolução social, uma vez que estava preso a um ideal positivista, que engessava o próprio direito a um poder político que não sabia legislar na medida em que a necessidade social clamava ao direito.

Com toda a evolução do Estado de Direito, chegamos então a um Estado Constitucional, onde o positivismo jurídico deve ser deixado de lado, dando

espaço à ideia da supremacia da Constituição, que como espelho do próprio direito, deve ser interpretada e aplicada sumária e principalmente.

Passando esta fase, de um estado positivista a um Estado Constitucional, aliás, chegando ao momento em que a Constituição torna-se, de fato, a suprema norma dentro do ordenamento jurídico, toda a discussão acerca de o direito não acompanhar a evolução social cai por terra, uma vez que, dotada de um caráter predominantemente principiológico, a Constituição deve ser interpretada.

Logo, neste momento, a jurisdição deixa de ser predominantemente legal e torna-se constitucional, o que significa dizer que se preocupa muito menos com a aplicação da lei ao caso concreto e passa a se preocupar bem mais com a interpretação, sob a luz da Constituição, daquele caso.

Desta forma, sendo a internet um espaço dinâmico por natureza, compreende-se a necessidade de que seu marco regulatório seja tão dinâmico quanto, sendo portanto, bem mais adequada a jurisdição constitucional do que a jurisdição legal para a resolução de seus conflitos, sendo a Constituição a ferramenta suficiente para sua regulamentação.

CONCLUSÃO

O trabalho apresentado foi fruto de um estudo completo acerca das principais teorias constitucionais em voga no país. Na verdade, a problemática surgiu a partir da observação de casos emblemáticos envolvendo danos à pessoa em ambiente virtual, surgindo assim a indagação de qual seria a melhor forma de se regulamentar a internet e os problemas decorrentes do mau uso desta tão importante e essencial ferramenta.

Durante o desenvolvimento do projeto de pesquisa teórica, surgiram situações que despertaram curiosidade cada vez maior e interesse em se aprofundar no estudo da Teoria Constitucional, desde seus primórdios até a mais moderna de suas concepções, e isto acabou apresentando uma resposta que, inicialmente, não seria exatamente a planejada para a problemática, mas que foi resultado direto do próprio trabalho teórico. Ou seja, o estudo sobre o direito foi tão profundo que moldou a própria problemática que se tinha inicialmente, como apresentou sua própria resposta.

Desta forma, fazendo um estudo constitucional profundo, de forma a entender conceitos elementares da Teoria Geral do Direito como o conceito de Estado, de Direito, de Constituição e de Direitos Fundamentais e como esses conceitos se interligam e se complementam, chegando a uma definição final de que o próprio Direito é figura direta desses conceitos e que estes são tão intrinsecamente ligadas ao seu próprio conceito que com ele se confundem.

Outro ponto importante foi o desenvolvimento do Estado de Direito, chegando este a se tornar um Estado Constitucional. Entender todos os pormenores desta tão brilhante teoria constitucional se demonstrou a pedra fundamental deste trabalho. A resposta que se propõe à problemática apresentada – que sabe-se ser polêmica e, desta forma, espera-se as críticas que certamente virão – é fruto direto da teoria do Estado Constitucional que foi apresentada.

Desta forma, concluiu-se que, aceitando a necessidade da existência do Estado Constitucional, como forma natural da evolução do próprio Estado de Direito, que já se encontrava engessado em sua fase democrática e, sobretudo, negando um pouco a necessidade de se manter uma postura positivista – nunca negando, vale se destacar, a importância do próprio positivismo jurídico ao próprio direito – leva-nos diretamente a uma situação em que a melhor forma de se exercer um controle sobre a internet seria utilizando a própria Constituição, não como livro máximo do ordenamento jurídico pátrio, mas sim como um princípio em si mesma, como um conjunto de princípios diretivos de todas as situações jurídicas plausíveis, quer seja no “mundo real” ou virtual.

Ou seja, a força normativa da Constituição como suprema norma do ordenamento jurídico se efetiva sem a necessidade de se criar um ordenamento jurídico próprio para a questão envolvendo a internet.

Neste ponto, conclui-se que o marco regulatório das relações virtuais deve ser a Constituição. E é importante chamar a atenção ao fato da palavra “marco”, que é utilizada com frequência no mercado, e traz um valor econômico agregado ao próprio conceito. Marco Regulatório traz a ideia do conjunto de ordenamento que, com o menor dispêndio possível, objetivando a melhor forma de resolver os problemas que eventualmente decorram em uma determinada área.

Assim resta comprovada que a resposta apresentada à problemática, na verdade, nasceu do próprio trabalho teórico e doutrinário realizado para o estabelecimento dos parâmetros sociais em que o Estado Constitucional é a realidade determinante e, somando-se a esta afirmação o fato de que se tem, em um outro lado, a internet, este espaço dinâmico por natureza, compreende-se a necessidade de que seu marco regulatório seja tão dinâmico quanto, sendo portanto, bem mais adequada a jurisdição constitucional do que a jurisdição legal para a resolução de seus conflitos.

REFERÊNCIAS

- ATHENIENSE, Alexandre. **Internet e o Direito**. 1. ed. Belo Horizonte: Inédita, 2000.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Direito da internet e da sociedade de informação**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2005.
- CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. 1. ed. Lisboa: Fundação Mário Soares Grandiva Publicações, 1999.
- CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. Checar referência.
- FERREIRA, Helini Sivini *in* **Direito e Informática**. ROVER, Aires José (Org.). São Paulo: Manole, 2002.
- GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à internet: direitos autorais na era digital**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2001.

GROPPALI, Alessandro. **Doutrina do Estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1952.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1987.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **La universidad de los derechos humanos y el estado constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 33. ed. São Paulo: Forense, 2011.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PINTO, Marcio Morena. **O Direito da Internet: o nascimento de um novo ramo jurídico**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2245/o-direito-da-internet-o-nascimento-de-um-novo-ramo-juridico>>. Acesso em: 29 set. 2012.

PETER, Christine Oliveira. **A jurisdição e a defesa da constituição no estado constitucional brasileiro**. [S.l.], [S.d.]. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/16137920/1205471415/name/A+Jurisdi%C3%A7%C3%A3o+e+Defesa+da+Constitui%C3%A7%C3%A3o+no+Estado+Constitucional+brasileiro.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2010.

REZENDE, Elcio Nacur. **A Súmula 403 do Superior Tribunal de Justiça e o uso indevido da imagem das pessoas naturais no ambiente virtual**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13958/a-sumula-403-do-superior-tribunal-de-justica-e>>

o-uso-indevido-da-imagem-das-pessoas-naturais-no-ambiente-virtual#ixzz27t8RVOIB>. Acesso em: 29 set. 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA JÚNIOR, Roberto Roland Rodrigues da et al. (Org.). **Internet e o Direito: Reflexões Doutrinárias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.