

# A EFICIÊNCIA NAS DECISÕES DAS TUTELAS DE URGÊNCIA NO NOVO CPC PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

## **Juliana Marteli Fais Feriato**

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – Florianópolis/ Santa Catarina. Pesquisadora do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação – Maringá/Paraná.

## **Giovanna Rosa Perin de March**

Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro de Ensino Superior de Maringá – Maringá/Paraná.

---

**Resumo:** Com a mudança do Código de Processo Civil em 2015, alteram-se as regras para a concessão das tutelas de urgência. Segundo o art. 300, o jurista precisa averiguar o resultado útil do processo para sua concessão. Na mesma linha, o jurista americano Richard A. Posner, ao criar a teoria da justiça social e a teoria da análise econômica do direito, verificou a necessidade do diálogo entre direito e economia para a concretização da justiça, em seu sentido pragmatista. O presente estudo, portanto, buscará trazer, utilizando-se da metodologia de pesquisa bibliográfica e documental sobre a efetividade do instituto das tutelas de urgência do Código de Processo Civil, a importância da teoria da economia do bem-estar social proposta por Richard A. Posner para assegurar o resultado útil do processo e concretizar, conseqüentemente, os direitos da personalidade.

**Palavras-chave:** Análise econômica do direito. Efetividade da tutela de urgência. Direitos da personalidade.

**Sumário:** **1** Introdução – **2** Das tutelas de urgência no Novo CPC e resultado útil do processo – **3** Análise econômica do direito e a eficiência em Richard Posner – **4** Da economia do bem-estar social como fundamento das decisões das tutelas de urgência no Novo CPC para a efetivação dos direitos da personalidade – **5** Considerações finais – Referências

---

## **1 Introdução**

O acesso à justiça e o direito à prestação jurisdicional são direitos consagrados pela Constituição Federal no seu art. 5º, inc. XXXV. O direito à prestação jurisdicional deve se dar de forma concreta e capaz de garantir efetividade do processo, para que este cumpra com sua missão social de justiça. A demora na prestação jurisdicional pode gerar inutilidade da própria tutela requerida e concedida.

Um dos pilares de fundamentação para a criação do Novo Código de Processo Civil brasileiro foi justamente a propositura de um ordenamento mais célere, que garanta o resultado útil do processo sem morosidade desnecessária, pois a demora na prestação jurisdicional é capaz de inviabilizar a própria proteção do direito discutido na lide.

Por muito tempo, viu-se a neutralidade e o descompromisso do processo civil em relação a questões alheias às puramente processuais. Entretanto, pela observada ineficiência constatada no Poder Judiciário, nos últimos anos, criaram-se mecanismos que possibilitaram alcançar resultados de caráter mais pragmático e de modo mais célere.

No combate à ineficiência observada pela norma processualista anterior, que não lograva garantir ao processo seu resultado útil ante a morosidade injustificada do Poder Judiciário, o Novo Código modificou, substancialmente, a matéria de tutelas de urgência.

No art. 300 da nova normativa processualista, observam-se os requisitos para a concessão da tutela de urgência, destacando-se a abertura para julgamento subjetivo do próprio jurista, ao admitir a concessão da tutela, caso o julgador constate a necessidade da medida para garantir o resultado útil do processo.

Trata-se de uma evolução do sistema, que segue a doutrina externa sobre a humanização e desburocratização do processo de modo a assegurar o resultado útil. Nesse sentido, destaca-se o entendimento interno jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça que, em 2014, no julgamento dos Embargos ao Recurso Especial nº 617.428-SP, confirmou o entendimento sobre a validade do Judiciário em conceder medidas que garantam a obtenção do resultado útil, em menor período de tempo, em consonância com a garantia constitucional da duração razoável do processo, inserida na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Na mesma linha, o jurista americano Richard Posner, ao criar sua teoria da justiça social, propôs o diálogo entre direito e economia para a concretização da justiça. Não se tratava de proposta de versão repaginada do utilitarismo, mas, sim, da maximização de riqueza como um dos instrumentos para a obtenção da justiça social.

O presente estudo buscará trazer, utilizando-se da metodologia de pesquisa bibliográfica e documental, a efetividade do instituto das tutelas de urgência do novo Código de Processo Civil, demonstrando a importância da teoria da análise econômica do direito e maximização de riqueza proposta por Posner para fundamentar as decisões nas tutelas de urgência, a fim de assegurar o resultado útil do processo e concretizar, conseqüentemente, a dignidade humana.

## 2 Das tutelas de urgência no Novo CPC e resultado útil do processo

Com o encerramento da Ditadura Militar vivenciada no Brasil desde meados da década de 1960, período evidenciado pelo desrespeito aos direitos civis e políticos, sem qualquer garantia individual, a Constituição Federal de 1988 traz nova ordem social, consagrando no seu bojo direitos e garantias fundamentais. Identificada em seu preâmbulo, representada pelo Estado Democrático de Direito, essa nova ordem destina-se “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”,<sup>1</sup> tendo como fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político.

Portanto, a Constituição de 1988 elegeu a pessoa humana como seu valor supremo, sendo sua dignidade o valor fundante do Estado brasileiro, que deve inspirar todos os demais entes estatais e, inclusive, a ação individual, o núcleo do ordenamento.<sup>2</sup>

Nesta ordem, observa-se que a dignidade da pessoa humana não figura como direito natural “metapositivo”, mas, sim, forma de concretização constitucional dos direitos fundamentais, ou seja, a dignidade constitui metaprincípio constitucional, servindo como norma norteadora dos demais princípios e regras do ordenamento jurídico brasileiro.<sup>3</sup>

Desse modo, encontram-se dentro do ordenamento jurídico constitucional, norteado pelo princípio da dignidade, direitos e garantias fundamentais, um leque de direitos proporcionados ao cidadão brasileiro, essenciais para sua condição humana, definidos como posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto pessoas *per se*, sendo consideradas tanto no plano individual, quanto no coletivo, previstos na Constituição (formal e material).<sup>4</sup>

O acesso à justiça foi garantido constitucionalmente no art. 5º, inc. XXV, como um direito fundamental, que advém da consagração do direito à tutela jurisdicional, também conhecida como princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

<sup>2</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 70-71.

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 58.

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 58.

Isso significa que toda lesão ou ameaça a direito poderá ser submetida à apreciação do Poder Judiciário, outorgando ao indivíduo ou à coletividade o direito de ação, não se esgotando com o mero ingresso da demanda, mas, sim, com a realização de todos os atos que validam o processo e oportunizam o resultado prático, efetivando o direito material:

A pretensão processual só tem sentido em função da pretensão formulada no direito material. Processo e direito existente não caminham necessariamente juntos. É possível que a relação processual termine sem que o juiz chegue a formular a regra sobre a situação da vida trazida para exame e julgamento. Mas a afirmação de um direito, de uma relação jurídica substancial, constitui elemento imprescindível ao processo. A jurisdição atua sempre em junção de um direito afirmado. A ação não pressupõe direito existencial, mas seu exercício não prescinde da afirmação de um direito material. A defesa, além de conter eventuais alegações sobre defeitos do próprio instrumento (defesa de natureza processual) volta-se contra a existência desse direito (defesa de mérito).<sup>5</sup>

A prestação jurisdicional é a essência e a finalidade do Poder Judiciário, um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Com ela, o Poder Judiciário se encarrega de resolver lides e conceder tutelas, com o intuito de promover a justiça e a paz social.

O direito à prestação jurisdicional é garantido pela inafastabilidade do controle do Judiciário, assegurado pelo princípio do livre acesso à justiça, garantia de existência do próprio Estado Democrático de Direito:

[...] fundamenta-se no princípio da separação de poderes, reconhecido pela doutrina como garantia das garantias constitucionais. Aí se junta uma constelação de garantias: as da independência e imparcialidade do juiz, a do juiz natural ou constitucional, a do direito de ação e de defesa, tudo ínsito nas regras do artigo 5º, XXXV, LIV e LV. [...] A primeira garantia que o texto revela é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, pois se quer admite mais o contencioso administrativo que estava previsto na Constituição revogada. A segunda garantia consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente amea-

<sup>5</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o direito processual*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 16-17.

çado o direito, individual ou não, pois a Constituição já não mais o qualifica de individual, no que andou bem, porquanto a interpretação sempre fora a de que o texto anterior já amparava direito, p. ex., de pessoas jurídicas ou de outras instituições ou entidades não individuais, e agora hão de levar-se em conta os direitos coletivos também.<sup>6</sup>

Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro, ao consagrar o acesso à justiça como direitos fundamentais, determina que todo e qualquer meio deverá estar à disposição do cidadão e da coletividade na busca da concretização de seu direito, não podendo o Poder Judiciário se afastar desta proteção, sendo esta a ferramenta de maior importância para a efetivação da dignidade da pessoa humana.

Todavia, o acesso ao Poder Judiciário não é suficiente para concretização desses direitos. Se a prestação jurisdicional ocorre de maneira tardia, o direito concedido passa a ser inócuo. Por esta razão, atrelado ao direito ao acesso à justiça, verifica-se a necessidade da duração razoável do processo, para a busca do resultado útil.

De um lado, a demora no processo representa a falibilidade do Direito na proteção das situações concretas, que sofrem deformações com o decurso do tempo. De outro, a precipitação dos chamados provimentos sumários ou medidas de cognição parcial resulta na fragilização da ampla defesa e do estabelecimento do contraditório.<sup>7</sup>

Logo, verifica-se a importância de que a prestação jurisdicional e o acesso à justiça, constitucionalmente garantidos, observem a legislação de ordem econômica, no intuito de possibilitar a diminuição dos custos envolvidos na manutenção de um processo tramitando judicialmente, de modo a minimizar a quantidade de falhas nas decisões judiciais.<sup>8</sup>

Portanto, a justiça social por meio do acesso irrestrito somente se concretiza caso o processo dure razoavelmente, o que, conseqüentemente, garante o seu resultado útil, ou seja, “o acesso à justiça por si só já inclui uma prestação

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 430-431.

<sup>7</sup> MOREIRA, Samantha Caroline Ferreira; MOREIRA, Sâmara Santana; RABELO VIEGAS, Claudia Mara. A busca pela efetividade da prestação jurisdicional do Novo Código de Processo Civil à luz da análise econômica do direito. *Revista da AMDE*, v. 13, p. 5-37, ago. 2017. ISSN 2175-5590. Disponível em: <http://revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/257>. Acesso em: 30 jan. 2018.

<sup>8</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 19.

jurisdicional em tempo hábil para garantir o gozo do direito pleiteado – mas a crônica morosidade do aparelho judiciário o frustrava”.<sup>9</sup>

Embora o fator tempo possa ser nefasto para a garantia do resultado útil do processo, ele é necessário para a cognição dos fatos e realização da jurisdição, sendo que a justa resolução da lide somente se torna válida caso respeitados os atos para o desenvolvimento válido do processo. Entretanto, o tempo e a demora para a realização dos atos processuais que torna válida a resolução da lide não podem ser excessivos, pois, conforme visto, inviabilizam o resultado útil do processo.<sup>10</sup>

Nesse contexto, surgem as tutelas emergenciais, denominadas tutelas de urgência no Novo Código de Processo Civil, justamente para garantir o resultado útil do processo já no início ou no interregno da demanda, levando-se em consideração que a morosidade processual, mesmo quando justificada, pode ensejar a inutilidade do resultado do próprio processo, ou seja, a inevitável demora da prestação jurisdicional é capaz de inviabilizar a própria proteção do direito postulado.

No antigo Código de Processo Civil as tutelas de urgência eram vistas de maneira separada e em locais distintos no próprio ordenamento, dividindo-se em tutela de urgência não satisfativa (cautelar), que ocorria nos processos próprios, denominados cautelares; e as satisfativas (tutelas antecipadas), que ocorriam no processo de conhecimento (art. 273).

O Novo Código de Processo Civil extinguiu a parte do processo cautelar e alocou a tutela no Livro V, Parte Geral, do Código, ainda existindo a subdivisão da tutela de urgência em duas (cautelar e antecipada satisfativa), entretanto ambas têm o mesmo requisito, o estabelecido no art. 300, e ambas são denominadas tutela provisória.<sup>11</sup>

Inicia-se o Livro V no art. 294, o qual utiliza o termo “tutela provisória”, designando gênero, subdividido em duas espécies: tutela de urgência e de evidência. A tutela de urgência é dividida em duas espécies também, tipo cautelar e tipo antecipada, assim como ela também poderá ser concedida em caráter antecedente ou incidental.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 432.

<sup>10</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 231-232.

<sup>11</sup> OAB. *Novo Código de Processo Civil anotado*. Porto Alegre: OAB/RS, 2015. p. 234. Disponível em: [https://www.oabrs.org.br/novocpcanotado/novo\\_cpc\\_annotado\\_2015.pdf](https://www.oabrs.org.br/novocpcanotado/novo_cpc_annotado_2015.pdf). Acesso em: 17 jan. 2018.

<sup>12</sup> BRASIL. *Lei 13.105/2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 17 jan. 2018.

A tutela de urgência, seja cautelar ou antecipada, serve para combater o perigo do dano ou o risco de não se ter um resultado útil com o processo. O art. 300 do Código de Processo Civil, determina que a tutela de urgência “será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.<sup>13</sup> Dessa forma, sua concessão pressupõe a demonstração da probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e, conjuntamente, a demonstração do perigo de dano ou de ilícito, ou do comprometimento da utilidade do resultado final pela demora do processo (*periculum in mora*).

A redação do art. 300, *caput*, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada.<sup>14</sup>

Com relação ao requisito da probabilidade do direito, o chamado *fumus boni iuris*, já previsto no antigo código processualista de 1973, diz respeito à verossimilhança fática, ou seja, constatação plausível dos fatos narrados pelo autor e, ainda, que tais fatos ensejam uma tutela jurídica prevista na norma (plausibilidade jurídica). Não se pode pedir a medida de urgência sem a comprovação imediata do fato que alega e do direito que pleiteia.<sup>15</sup>

O perigo da demora diz respeito à própria necessidade de existirem as tutelas de urgência: a morosidade processual que pode desencadear um dano ou inutilidade do próprio processo. É o perigo que a demora no oferecimento da prestação jurisdicional possa causar no autor.

Além destes requisitos, cumpre ressaltar que a tutela de urgência antecipada (satisfativa) também necessita da comprovação da reversibilidade dos efeitos da decisão, nos termos do §3º do art. 300 da norma processualista, ou seja, a possibilidade de retorno ao *status quo ante* caso reste constatada, a qualquer momento, a necessidade de alteração ou cassação da medida. Nota-se que a

<sup>13</sup> BRASIL. *Lei 13.105/2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 17 jan. 2018.

<sup>14</sup> Enunciado nº 143 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis em DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 607.

<sup>15</sup> KICH, Rafael Adriano; NASCIMENTO, Carlota Bertoli. Uma análise do regramento da tutela de urgência no Novo Código de Processo Civil. *Revista Científica do Curso de Direito, Cultura e Cidadania*, Osório, v. 6, n. 1, 2016. Disponível em: <http://sys.facos.edu.br/ojs/index.php/dir/article/view/134/122>. Acesso em: 15 jan. 2018.

concessão de medida sumária satisfativa sem possibilidade de retorno ao estado anterior implica julgamento antecipado do processo.<sup>16</sup>

Embora haja a necessidade de cumprir este requisito, destaca-se que tal exigência deve ser exercida com parcimônia, pois sua aplicação irrestrita pode conduzir à inutilização da tutela provisória satisfativa (antecipada), razão pela qual seu emprego deve ser abrandado, de modo a preservar o próprio instituto.<sup>17</sup>

São os casos em que o deferimento da tutela provisória satisfativa é essencial para que se evite dano ainda maior para a parte, mesmo que a sua concessão seja irreversível. Quando, por exemplo, a razão da urgência e a probabilidade do direito da parte são suficientes para a concessão da tutela provisória satisfativa antecipada, mesmo sem preencher o requisito da reversibilidade, para o resguardo do direito fundamental à efetividade de jurisdição.<sup>18</sup>

Conforme visto, a evolução e os requisitos da tutela de urgência foram essenciais para garantir o direito fundamental de acesso à justiça, no entanto, observar-se-á no próximo item a teoria da economia social proposta por Richard Posner, que servirá de base para justificar as tutelas de urgência do art. 300 do CPC de 2015, fundamentadas na utilidade processual, cujo objetivo é resguardar e concretizar direitos fundamentais e a dignidade humana.

### 3 Análise econômica do direito e a eficiência em Richard Posner

A análise econômica do direito surgiu nos Estados Unidos no final dos anos 1950, primeiramente, usada por economistas e, posteriormente, na década de 70, por juristas. O movimento se alicerça na corrente do realismo jurídico, com a proposta de verificar as consequências das normas jurídicas. Precursor do movimento entre os juristas, Richard Posner, juiz norte-americano, defendeu o critério da eficiência como fundamento ético do direito.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> LIMA, Bernardo Silva; EXPÓSITO, Gabriela. "Porque tudo que é vivo, morre" Comentários sobre o regime da estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência no Novo CPC. *Revista de Processo – Repro*, v. 250, dez. 2015. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.250.09.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.250.09.PDF). Acesso em: 20 jan. 2018.

<sup>17</sup> MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *A ponderação de interesses na tutela de urgência irreversível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 83.

<sup>18</sup> MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *A ponderação de interesses na tutela de urgência irreversível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 83.

<sup>19</sup> SALAMA, Bruno M. O que é pesquisa em direito e economia? *Caderno Direito GV*, São Paulo, 2008. No prelo. Disponível em: [http://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama](http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama). Acesso em: 21 jan. 2018.



No Brasil,<sup>20</sup> os estudos se iniciaram sob olhar crítico no intuito de impedir que os preceitos econômicos não se sobrepujam aos valores do direito, isto é, não se podendo substituir a justiça pela eficiência. Todavia, o próprio Posner, em momento posterior, reconhece que a eficiência, o que ele também chama de maximização de riqueza, é apenas um instrumento do direito. Assim, a análise econômica do direito se propõe a servir de alternativa para a interpretação da norma jurídica, não substituindo os valores nem os fundamentos éticos do direito.

A genialidade do método encontra-se na discussão dos efeitos das normas jurídicas e das decisões do Poder Judiciário sobre a sociedade, com vistas a averiguar a eficiência do direito no que tange à efetivação de seus valores próprios. Não se trata de substituição da justiça pela eficiência, mas, sim, o auxílio de preceitos econômicos às ciências jurídicas, com o intuito de concretizar seu objetivo e seus valores, ou seja, tornar o dever possível em contraposição ao dever idealizado.<sup>21</sup>

Richard Allen Posner, jurista americano, juiz e professor, vivenciou a era do surgimento e da difusão da análise econômica do direito nos Estados Unidos, em oposição ao ceticismo nada humanista da visão utilitarista da economia e do direito. Em sua obra *A economia da justiça* (2010),<sup>22</sup> investiga critérios como justiça, eficiência, direito primitivo, privacidade e regulamentação constitucional da discriminação racial por meio da análise econômica do direito, que, conforme se verá, se distingue do utilitarismo.

Enquanto o utilitarismo sustenta que o valor moral de uma ação ou conduta ou instituição ou lei deve ser julgada por sua eficácia na promoção da felicidade, acumulada por todos os habitantes da sociedade (nação ou mundo inteiro), a economia normativa (ou economia do bem-estar) determina que a ação deve ser julgada por sua eficácia na promoção do bem-estar social.<sup>23</sup>

Apesar de o termo utilizado por Posner, “bem-estar social”, assemelhar-se ao termo “felicidade”, o que levaria à ideia de que a teoria do jurista era uma versão atualizada do utilitarismo, ele defende que se tratam de termos distintos. Enquanto o utilitarismo leva em consideração todos os seres, humanos ou não, no momento da contabilização da felicidade geral, para justificar a tomada de

<sup>20</sup> *A ordem jurídica e a economia*, de Clóvis do Couto e Silva, em 1982, seguido do trabalho de Guiomar Estrella Faria, *Interpretação econômica do direito*, em 1994.

<sup>21</sup> GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Análise econômica do direito: uma inovadora teoria geral do direito. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Coord). *Direito econômico: evolução e institutos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 38.

<sup>22</sup> POSNER, Richard Allen. *A economia da justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

<sup>23</sup> POSNER, Richard Allen. *A economia da justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 58; POSNER, Richard Allen. *The economics of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

decisões, o termo “bem-estar social” leva em consideração mais do que felicidade e contabiliza apenas o sentimento dos seres humanos.<sup>24</sup>

O utilitarismo tem duas características, as quais não o justificam para aplicação no campo do direito. A primeira diz respeito à moral individual da teoria, ou seja, um homem se esforça para elevar a soma total de felicidade, e, conseqüentemente, a sociedade justa é aquela que busca elevar a soma total de felicidade. A segunda, não é um estado psicológico específico, mas sim o mais amplo conceito possível de satisfação, atingindo-se o máximo de felicidade quando as pessoas e as criaturas são capazes de satisfazer suas preferências na medida do possível.

Isso significa que o campo de ação é incerto, pois não se sabe a felicidade de quem deve ser incluída na elaboração de políticas públicas, não há distinção entre a felicidade de um homem e a de dois carneiros ou dois porcos, mas sim a maximização geral da felicidade. Segundo a lógica da teoria utilitarista, um motorista que desvia seu carro de dois carneiros e mata uma criança não pode ser considerado mau, pois sua ação teria aumentado a quantidade de felicidade no mundo (são dois carneiros contra uma criança, numericamente mais felicidade geral se não matar dois carneiros).<sup>25</sup>

A maior crítica do utilitarismo se dá pelo fato de a teoria não possuir embasamento técnico e objetivo do que seria felicidade, pois a felicidade para uma pessoa é distinta da felicidade de outra.<sup>26</sup> E esse palpite empírico utilitarista, utilizado para fundamentar direitos que supostamente promovem felicidade, embasa a criação de políticas verdadeiramente monstruosas. Com base nesses palpites, as chamadas monstruosidades morais derivam da recusa da teoria em fazer distinções morais entre os tipos de praxes e advêm da presteza com que o utilitarista sacrifica os indivíduos inocentes no altar das demandas sociais.

Pelas falhas demonstradas na teoria utilitarista, justifica-se a economia da justiça baseada nos fundamentos éticos e políticos da maximização da riqueza, que Posner também trata como eficiência. Para esta teoria, a riqueza de uma sociedade é a totalidade da satisfação das preferências (únicas moralmente relevantes em um sistema de maximização da riqueza) financeiramente sustentadas.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> POSNER, Richard Allen. *A economia da justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 58; POSNER, Richard Allen. *The economics of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

<sup>25</sup> POSNER, Richard Allen. *A economia da justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 60-62; POSNER, Richard Allen. *The economics of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

<sup>26</sup> NG, Yew-Kwang *et al.* Posner's wealth maximization for welfare maximization: separating efficiency and equality considerations. *EGC Report*, n. 2016/11, Singapore, 2016. p. 13.

<sup>27</sup> POSNER, Richard Allen. *A economia da justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 105; POSNER, Richard Allen. *The economics of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

Diferentemente do utilitarismo, a abordagem de Posner também considera os custos e benefícios sociais.

Segundo Salama,<sup>28</sup> a teoria de Posner é intermediária à “deontologia Kantiana e o utilitarismo Benthamiano”, pois ao mesmo tempo em que compreende o cálculo individual da maximização de riqueza, refuta o critério da felicidade, base do utilitarismo, apesar de todos serem espécies de teorias consequencialistas. Adota-se como medida o valor econômico, isto é, o quanto uma pessoa está disposta a pagar pelos bens, sendo o juiz aquele que irá determinar, de modo razoável e preciso, a alocação de recursos de modo eficiente.<sup>29</sup>

Após ser criticado, Posner altera seu entendimento, não mais adotando a eficiência como fundamento ético do direito, compreendendo que este possui seus valores próprios. Todavia, reconhece que toda norma ineficiente é injusta, mas nem toda norma justa é eficiente. Posner, portanto, passa a compreender a eficiência como um dos instrumentos do direito.

A tomada de decisão judicial deve ter como pressuposto a alocação eficiente dos recursos de modo a maximizar o bem-estar social.<sup>30</sup> Dessa maneira, sob o ponto de vista da análise econômica do direito, as normas jurídicas são consideradas custos que devem ser alocados conforme os valores predeterminados pelo direito e seus fundamentos, influenciando comportamentos, adotados de acordo com a análise de custo-benefício, utilizando-se de três premissas básicas: a) racionalidade dos indivíduos; b) custos das normas; c) eficiência das instituições.<sup>31</sup>

Partindo do postulado de que os recursos econômicos são escassos, os indivíduos são obrigados a fazer escolhas em busca da maximização de seus interesses. Pressupõe-se que a escolha é feita de maneira racional, isto é, os indivíduos elegem suas preferências por meio da análise de custo-benefício e, por isso, estão suscetíveis aos incentivos normativos. Assim, os indivíduos tendem a adotar certo comportamento quando os benefícios forem superiores ou iguais aos seus custos, situação conhecida como custo de oportunidade.

Por esse motivo, o critério da eficiência ainda pode ser muito útil ao direito, tendo em vista que a racionalidade dos indivíduos é limitada em decorrência

<sup>28</sup> SALAMA, Bruno M. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). *Trinta anos de Brasil: diálogos entre direito e economia*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 448-449.

<sup>29</sup> POSNER, Richard Allen. *A economia da justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 107; POSNER, Richard Allen. *The economics of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

<sup>30</sup> LEITE, Geraldo Neves; DIAS, Jean Carlos. A decisão judicial nos casos difíceis: uma análise a partir do debate entre Dworkin e Posner. *Teorias do Direito e Realismo Jurídico*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 149-169, jul./dez. 2016.

<sup>31</sup> ROEMER Andrés. *Introducción al análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 13-15.

dos custos de transação oriundos da falta ou assimetria de informações. Nessa situação, as instituições jurídicas podem reduzir tais custos e promover maior transparência e estabilidade das relações quando realoca tais custos de modo eficiente. A tomada de decisão eficiente significa que o indivíduo possa melhorar sua situação sem piorar a dos outros ou, pelo menos, compensar suas perdas.

[...] as normas jurídicas, ao serem capazes de alocar recursos econômicos, induzem comportamentos que podem levar à eficiência ou não. Assim, as normas podem ser vistas como distorções ou como corretivas de distorções. No primeiro caso, a norma interfere numa situação eficiente, enquanto que no segundo, a interferência ocorre numa situação de falha de mercado com o objetivo de corrigi-la. [...].<sup>32</sup>

Os custos de transação são os valores para se negociar, os valores diretos e indiretos que a tomada de decisão refletirá no mercado e nos atores envolvidos na decisão. As normas jurídicas e as instituições podem aumentar ou diminuir tais custos, contudo, são desnecessárias quando os custos forem zero. Dessa forma, cabe ao direito intervir nas relações entre os indivíduos somente quando os custos de transação forem maiores que as vantagens obtidas na sociedade, sem a sua interferência.

Segundo a análise econômica do direito proposta neste item, alinhada às tutelas de urgência, observa-se a possibilidade de justificação de medidas tomadas antecipadamente como forma de assegurar a utilidade do processo e efetivar direitos fundamentais e da personalidade. Sobre o tema, o próximo item buscará alinhar a teoria econômica definida com as tutelas de urgência, em busca do resultado útil do processo, acesso à justiça e concretização dos direitos da personalidade.

#### **4 Da economia do bem-estar social como fundamento das decisões das tutelas de urgência no Novo CPC para a efetivação dos direitos da personalidade**

A efetividade do processo, a utilidade das medidas e seu acesso pleno e igualitário são necessários para a concretização dos direitos conferidos no

<sup>32</sup> FERIATO, Juliana Marteli Fais. *Estratégias político-econômicas de subsídios no âmbito da Organização Mundial do Comércio*. Tese (Doutorado em Direito) – UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015. p. 64. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/160700/338277.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2018.

ordenamento jurídico. Uma lei não tem qualquer efeito se não houver meios para assegurar seu cumprimento.

Dentro deste contexto, observa-se no ordenamento jurídico a ascensão do homem e sua proteção como objetivo da própria lei em detrimento ao poder irrestrito do Estado. Trata-se de uma evolução histórica, que se iniciou, lentamente, na Idade Antiga, quase inexistente na Idade Média, abrochada com maior influência na época do Renascimento e do Iluminismo, bastante difundida na Idade Moderna e expressamente prevista na era Pós-Segunda Guerra Mundial.<sup>33</sup>

Com a proteção do indivíduo, este em ênfase no ordenamento jurídico, surgem os direitos da personalidade, que proclamam a ideia de pessoa como valor-fonte de todos os valores.<sup>34</sup> A personalidade, definida como o conjunto de caracteres do próprio indivíduo, ou seja, a parte intrínseca da pessoa humana, é o primeiro bem pertencente à pessoa, o qual, a partir dele, a pessoa pode adquirir e defender os demais bens tutelados no ordenamento jurídico. Os bens inerentes à pessoa humana, como vida, liberdade, honra, nome, entre outros, são direitos da personalidade.<sup>35</sup>

Dessa forma, pode-se afirmar que os direitos da personalidade são aqueles personalíssimos e essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, reconhecidos na Constituição Federal e no Código Civil; são absolutos e desprovidos da faculdade de disposição, destinam-se a resguardar a dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que possa sofrer de outros indivíduos ou até mesmo do próprio Estado.<sup>36</sup>

O objeto dos direitos de personalidade não se encontra na própria pessoa, mas, sim, nos bens constituídos por determinados atributos ou qualidades físicas ou morais do homem, individualizado pelo ordenamento jurídico.<sup>37</sup>

Os direitos da personalidade são divididos em direito geral da personalidade (direitos que emanam da personalidade humana) e em direitos de personalidade tipificados (fracionados em categorias), sendo que estes últimos se dividem em públicos e privados.

<sup>33</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 23-55.

<sup>34</sup> REALE, Miguel. *Os direitos da personalidade*. 2014. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

<sup>35</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 69-70.

<sup>36</sup> GOMES, Orlando *apud* SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 71.

<sup>37</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 80.

Os direitos da personalidade públicos são os direitos inerentes à pessoa humana, previstos e tutelados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1948) e nas demais convenções internacionais que tratam da matéria de direitos humanos. Tratam-se dos direitos que objetivam a defesa do indivíduo dos atentados praticados pelo próprio Estado, objetivam a defesa da sociedade considerada como um todo das agressões praticadas por certos particulares. Já os direitos da personalidade privados são os direitos inerentes à pessoa humana que dizem respeito aos aspectos privados da personalidade, na relação dos particulares entre si, protegendo o indivíduo sobre as agressões do outro particular.<sup>38</sup>

O conceito de personalidade está umbilicalmente ligado ao de pessoa. Todo aquele que nasce com vida torna-se uma pessoa, ou seja, adquire personalidade. Esta é, portanto, qualidade ou atributo do ser humano. Pode ser definida como aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil. É pressuposto para a inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica.<sup>39</sup>

Entre os direitos da personalidade tipificados ou fracionados, têm-se: o direito à vida e à integridade física; o direito sobre as partes destacadas do corpo; o direito sobre o cadáver; o direito à liberdade; o direito ao resguardo (como o direito à honra e ao segredo); o direito à identidade pessoal (direito ao nome e ao título); o direito moral de autor.<sup>40</sup>

Com a proteção do indivíduo em ênfase no ordenamento jurídico, em 2002, com a edição do Código Civil, foram criados os direitos da personalidade, que proclamam a ideia de pessoa como valor-fonte de todos os valores, sendo o principal fundamento do próprio ordenamento jurídico. Nele, consagra-se uma cláusula geral de direitos da personalidade, para assegurar a proteção do ordenamento jurídico mesmo quando não tipificados, assim como prevê a proteção de alguns direitos de personalidade específicos (os chamados direitos especiais de personalidade).<sup>41</sup>

O Código Civil de 1916 não admitia a existência da categoria dos direitos de personalidade, razão pela qual deixou de discipliná-los. A antiga legislação deu ênfase aos interesses patrimoniais, por influência das classes dominantes,

<sup>38</sup> CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. São Paulo: Quórum, 2008. p. 19-20.

<sup>39</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 107.

<sup>40</sup> CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. São Paulo: Quórum, 2008. p. 25-32.

<sup>41</sup> REALE, Miguel. *Os direitos da personalidade*. 2014. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

satisfazendo as garantias individuais, optando pela proteção da personalidade por meio da tutela penal. Os direitos da personalidade somente vieram a encontrar tutela no ordenamento jurídico brasileiro a partir da promulgação de leis extravagantes, como o Código Brasileiro de Telecomunicações, dispondo crimes contra serviço postal, com a Lei nº 5.479 de 1968, que dispõe sobre a retirada e transplante de órgãos; a Lei nº 5.988 de 1973, que dispõe sobre direitos autorais, entre outras legislações.<sup>42</sup>

A Constituição Federal de 1988 não trouxe em seu corpo uma cláusula geral expressa destinada a tutelar amplamente a personalidade do homem. Entretanto, incluiu e protegeu diversos direitos da personalidade fracionados no interregno de seu ordenamento, tais quais: direito à vida, à igualdade, à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem, ao segredo e direito de resposta, entre outros.

Entretanto, válido destacar que a Constituição Federal absorveu a ideia do direito geral de personalidade, eis que protege a dignidade humana como um dos princípios fundamentais do Estado brasileiro e a prevalência dos direitos fundamentais do homem, garantindo-os. Portanto, adotou um sistema de proteção misto, ou seja, a existência de um sistema geral de proteção da personalidade ao lado de direitos especiais de personalidade que convivem e atuam harmonicamente.<sup>43</sup>

Entre os princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988, encontram-se a igualdade e a dignidade da pessoa como base do próprio ordenamento. Os princípios jurídicos constitucionais são princípios gerais destinados a informar o ordenamento, sendo derivados dos princípios fundamentais, com o objetivo de caracterizar a coletividade política e o Estado, enumerando as principais opções político-constitucionais, formando o arcabouço da tutela da pessoa humana em nível constitucional, protegendo o direito geral de personalidade, assim como disciplinando os direitos especiais de personalidade.<sup>44</sup>

Entre os direitos especiais de personalidade tutelados pela normativa constitucional, encontram-se o direito à vida; à liberdade; à igualdade; à segurança; à propriedade; à integridade psicofísica; de reposta à imagem; de livre manifestação do pensamento; de livre expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; à intimidade, à vida privada, à honra, à

<sup>42</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 129-135.

<sup>43</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 136.

<sup>44</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 144.

própria imagem da pessoa; ao segredo epistolar, das comunicações telegráficas, telefônicas e de dados; e o direito ao acesso à justiça.

Já no Código Civil de 2002, os direitos da personalidade encontram-se expressamente protegidos no Capítulo II, Título I, Livro I da Parte Geral, nos arts. de 11 a 21, dividindo-se em direito geral de personalidade, no art. 12, e direito tipificado fracionário, previsto nos demais artigos.

Iniciando a disciplina no art. 11, verifica-se a caracterização dos direitos da personalidade pelo próprio legislador, ao prever que “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. A intransmissibilidade e a irrenunciabilidade são características dos direitos da personalidade, expressamente prevista no art. 11.<sup>45</sup>

A tutela geral, prevista no art. 12, determina a exigência de que se cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, assim como possibilita o lesado de reclamar por perdas e danos dos atos sofridos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, estabelecendo o direito de a vítima de atentado contra sua personalidade requerer, independentemente de indenização, a cessação do fato lesivo.<sup>46</sup>

Nos arts. 13 até 21, encontram-se a proteção do ordenamento civilista aos direitos especiais (tipificados) de personalidade, tais como o direito à vida, à livre disposição do corpo, à integridade física e psíquica, ao nome, ao pseudônimo, à voz, à imagem, à privacidade, à honra e à imagem.<sup>47</sup>

A concretização dos direitos fundamentais e da personalidade pode ocorrer por meio de políticas públicas, organizadas pelo Estado. Contudo, quando tais políticas são falhas e insuficientes, ou quando há agressão do direito por outrem, a atuação do Poder Judiciário faz-se necessária a fim de compelir cumprimento e efetivação de tais direitos.

O processo é o *modi operandi* pelo qual o cidadão aciona o Estado para conseguir a prestação jurisdicional. Sendo o meio pelo qual se consegue a efetivação dos direitos, necessário que seu acesso seja ilimitado, assim como não ocorra a demora na prestação jurisdicional.

Como visto no primeiro item, a morosidade processual retira a eficiência e a utilidade do processo e, conseqüentemente, promovendo a injustiça social.

<sup>45</sup> BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 21 jan. 2018.

<sup>46</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 171.

<sup>47</sup> BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 21 jan. 2018.



No combate à morosidade injustificada e às consequências que a demora possa trazer ao indivíduo, o tema das tutelas de urgência foi inserido no ordenamento jurídico para antecipar, em alguns casos, os efeitos da tutela jurisdicional.

Com base na teoria da economia do bem-estar social, da análise econômica do direito proposta neste trabalho, alinhada às tutelas de urgência, observa-se a possibilidade de justificação de medidas tomadas antecipadamente como forma de assegurar a utilidade do processo e efetivar os direitos da personalidade.

O jurista poderá, ao observar a possibilidade de inutilidade do processo, antecipar efeitos da tutela requerida em juízo para assegurar a efetivação dos direitos da personalidade, medida a ser tomada para maximização de interesses e, conseqüentemente, efetivar justiça e bem-estar social.

Para isso, deverá o jurista considerar, quando do momento da concessão da tutela de urgência, as falhas envolvidas nesta decisão, como exemplo os custos da transação, o combate à assimetria de informações, a irreversibilidade da medida, entre outros.

As tutelas de urgência são concedidas *inaudita altera pars*, ou seja, sem que seja ouvida a outra parte, a qual deverá cumprir a prestação jurisdicional antecipada. Com isso, observa-se que, neste momento, provavelmente haverá assimetria de informação, visto que o processo somente contará com a narrativa da parte autora pleiteante da medida.

Para que a medida não seja irreversível e se evite a assimetria de informação neste momento processual, deverá o jurista se certificar de que o pedido esteja devidamente comprovado, ou seja, evidenciado com provas contundentes o perigo da demora do processo e a probabilidade do direito.

Imagine-se, por exemplo, em uma ação indenizatória proveniente de acidente de trânsito, na qual a parte autora requer tutela de urgência para concessão de pensão mensal pela perda do familiar que provia a família. Neste caso, para a concessão da tutela de urgência, deverá o juiz combater a assimetria de informação, ou seja, verificar a forma como ocorreu o acidente através do boletim de ocorrências e fotografias; verificar se o boletim de ocorrências foi elaborado com declarações por ambas as partes, pois se unilateral não há presunção *juris tantum*;<sup>48</sup> se há comprovação da renda do familiar extinto no acidente; entre outras provas que corroboram a verossimilhança da alegação.

Entretanto, muitas vezes, em demandas que versam sobre direitos da personalidade, não é possível obter a prova concreta do pedido antes de uma

<sup>48</sup> Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça: REsp nº 69.391/RJ. Processo nº 1995/0033511-5. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; e REsp nº 236.047/SP. Processo nº 1999/0097576-6. Min. Aldir Passarinho Junior.

instrução probatória processual. Em contrapartida, a demora na fase instrutória poderá acarretar maiores prejuízos se não cessar a ameaça ou a lesão deste direito, o que acarretará injustiça e prejuízo ao bem-estar social.

Por esta razão, a tutela de urgência para questões que versam sobre direitos da personalidade deverá ser concedida, mesmo sem que haja a concreta comprovação dos requisitos, desde que evidenciada a ineficiência do processo por conta da demora, e demonstrado que a medida trará maximização de interesses, melhoria do bem-estar social e justiça.

Em suma, o presente artigo científico buscou evidenciar que a teoria da economia do bem-estar social proposta por Richard Posner, consubstanciada na análise econômica do direito, facilita a fundamentação das decisões para a concessão das tutelas de urgência para efetivação dos direitos da personalidade, para que se evite a ineficiência e inutilidade do processo e da tutela jurisdicional, causadas pela morosidade do Poder Judiciário.

## **5 Considerações finais**

O presente trabalho buscou analisar as tutelas de urgência para a concretização dos direitos da personalidade sob a ótica da análise econômica do direito, a qual apresenta nova visão ao jurista quando da interpretação do direito. Sob a perspectiva econômica, as normas jurídicas são consideradas custos que devem ser alocados conforme os valores predeterminados pelo direito, ou seja, de maneira eficiente.

Verificou-se que, segundo Posner, a eficiência, constitui importante critério de interpretação e aplicação da norma jurídica, uma vez que toda norma ineficiente também é injusta. Assim, o direito pode tanto reduzir quanto aumentar os custos de transação, por esse motivo, o juiz deve se atentar às falhas processuais, tais como a assimetria de informações, a fim de buscar a decisão eficiente, isto é, aquela que maximiza o bem-estar social.

Quanto às tutelas de urgência do Novo Código de Processo Civil, previstas em seu art. 300 e seguintes, tais medidas são concedidas desde que comprovado os requisitos da evidência dos fatos e do direito e o perigo da demora, ou, então, diante da inutilidade do processo causado pela morosidade, desde que a medida seja reversiva.

O Código Civil, por sua vez, alinhado à Constituição Federal, trouxe a proteção dos direitos da personalidade, nos arts. 11 até 21, direitos inerentes à condição humana, irrenunciáveis e absolutos. Assim, a proteção dos direitos da personalidade, fundada na dignidade humana, perpassa as esferas pública e privada.

Sob os auspícios da análise econômica do direito, a qual se utiliza da eficiência como critério de tomada de decisão, admite-se a concessão da tutela de urgência para resolução de questões que versam matéria de direitos da personalidade, mesmo sem que haja a concreta comprovação dos requisitos, desde que evidenciada a ineficiência do processo por conta da demora e que a medida promova o bem-estar social e a justiça.

Em suma, o presente artigo científico buscou evidenciar os benefícios da análise econômica do direito no que concerne à fundamentação das decisões para a concessão das tutelas de urgência para efetivação dos direitos da personalidade, para que se evite a ineficiência e a inutilidade do processo e da tutela jurisdicional, causadas pela morosidade encontrada no Poder Judiciário.

---

### **The efficiency in the decisions of immediate injunctions for the effectiveness of personality rights**

**Abstract:** With the change of the Civil Procedure Code in 2015, also changed the rules for the granting of Immediate Injunctions, which in article 300, verifies the need that the procedure has to be a useful outcome. In the same page, American judge Richard Posner create his theory of social justice proposing the economic analysis of the law in his book *The Economics of Justice*, in which he noted the need for the Law and the Economy to get along, for the implementation and the sake of Justice. The present study will seek to bring, by using bibliographical research and documentary methodology, the effectiveness of the immediate injunctions in the new Civil Procedure Code; the importance of the Economics of Justice and Welfare Theory proposed by Richard A. Posner to ensure that the process will have an useful outcome by achieving Personality Rights and Justice.

**Keywords:** Economic analysis of law. Immediate injunctions effectiveness. Personality rights. Richard A. Posner.

**Summary:** **1** Introduction – **2** Urgency injunctions in the New Code of Civil Procedure and the useful result of the Process – **3** Economic Analysis of Law and Efficiency in Richard Posner – **4** From the social welfare economy as basis for injunction rulings in the new Code of Civil Procedure to the efficacy of personality rights – **5** Final remarks – References

---

## **Referências**

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o direito processual*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 21 jan. 2018.

BRASIL. *Lei 13.105/2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 17 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial 236047/SP. 4ª Turma. Direito Civil, Obrigações, Espécies de Contratos, Seguro. Relator Min. Aldir Passarinho Junior. *DJU*, Brasília, 11 jun. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial 69391/RJ. 4ª Turma. Direito Civil, Responsabilidade Civil. Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. *DJU*, Brasília, 5 maio 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. São Paulo: Quórum, 2008.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Salvador: JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERIATO, Juliana Marteli Fais. *Estratégias político-econômicas de subsídios no âmbito da Organização Mundial do Comércio*. Tese (Doutorado em Direito) – UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/160700/338277.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2018.

FREIRE, Alonso. O pêndulo de Posner. *Revista Pensamento Jurídico*, v. 8, n. 2, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Análise econômica do direito: uma inovadora teoria geral do direito. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Coord). *Direito econômico: evolução e institutos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

KICH, Rafael Adriano; NASCIMENTO, Carlota Bertoli. Uma análise do regramento da tutela de urgência no Novo Código de Processo Civil. *Revista Científica do Curso de Direito, Cultura e Cidadania*, Osório, v. 6, n. 1, 2016. Disponível em: <http://sys.facos.edu.br/ojs/index.php/dir/article/view/134/122>. Acesso em: 15 jan. 2018.

LEITE, Geraldo Neves; DIAS, Jean Carlos. A decisão judicial nos casos difíceis: uma análise a partir do debate entre Dworkin e Posner. *Teorias do Direito e Realismo Jurídico*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 149-169, jul./dez. 2016.

LIMA, Bernardo Silva; EXPÓSITO, Gabriela. “Porque tudo que é vivo, morre” Comentários sobre o regime da estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência no Novo CPC. *Revista de Processo – RePro*, v. 250, dez. 2015. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_boi\\_2006/RPro\\_n.250.09.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boi_2006/RPro_n.250.09.PDF). Acesso em: 20 jan. 2018.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *A ponderação de interesses na tutela de urgência irreversível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MOREIRA, Samantha Caroline Ferreira; MOREIRA, Sâmara Santana; RABELO VIEGAS, Claudia Mara. A busca pela efetividade da prestação jurisdicional do Novo Código de Processo Civil à luz da análise econômica do direito. *Revista da AMDE*, v. 13, p. 5-37, ago. 2017. ISSN

2175-5590. Disponível em: <http://revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/257>. Acesso em: 30 jan. 2018.

NG, Yew-Kwang *et al.* Posner's wealth maximization for welfare maximization: separating efficiency and equality considerations. *EGC Report*, n. 2016/11, Singapore, 2016.

OAB. *Novo Código de Processo Civil anotado*. Porto Alegre: OAB/RS, 2015. Disponível em: [https://www.oabrs.org.br/novocpcanotado/novo\\_cpc\\_anotado\\_2015.pdf](https://www.oabrs.org.br/novocpcanotado/novo_cpc_anotado_2015.pdf). Acesso em: 17 jan. 2018.

POSNER, Richard Allen. *A economia da justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

POSNER, Richard Allen. *The economics of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

REALE, Miguel. *Os direitos da personalidade*. 2014. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

ROEMER Andrés. *Introducción al análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

SALAMA, Bruno M. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). *Trinta anos de Brasil: diálogos entre direito e economia*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALAMA, Bruno M. O que é pesquisa em direito e economia? *Caderno Direito GV*, São Paulo, 2008. No prelo. Disponível em: [http://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama](http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama). Acesso em: 21 jan. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FERIATO, Juliana Marteli Fais; MARCH, Giovanna Rosa Perin de. A eficiência nas decisões das tutelas de urgência no Novo CPC para a efetivação dos direitos da personalidade. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 13, n. 41, p. 297-317, jul./dez. 2019.

---

Recebido em: 08.06.2018  
Pareceres: 06.08.2018, 10.01.2019  
Aceito para publicação: 22.01.2019