

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Mario Massao Nakamura

A aplicação do princípio da proporcionalidade
às questões existenciais

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2014

Mario Massao Nakamura

A aplicação do princípio da proporcionalidade
às questões existenciais

MESTRADO EM DIREITO CIVIL

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo,
como exigência parcial para obtenção do título de
MESTRE em Direito (Direito Civil), sob a orientação
do Prof. Dr. Giovanni Ettore Nanni.

SÃO PAULO

2014

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Não há como deixar de agradecer ao meu orientador Prof. Dr. Giovanni Ettore Nanni, não só pelas valiosas observações mas, principalmente por manter-me no rumo não permitindo que este trabalho se tornasse um “movimento browniano”.

Agradeço também a minha família pelo suporte e pelas horas que não estive presente.

Agradeço ainda aos colegas de mestrado Marcio Asbahr Miglioli e Arthur Rabay, ao Prof. Dr. Diogo L. Machado de Melo, e aos ilustres advogados Daniel Ustárroz, Jefferson Carlos Carus Mendes e José Horácio Halfed Rezende Ribeiro, sem a ajuda dos quais os meus artigos não seriam publicados.

E por final, mas não menos importante, deixo aqui consignado meus agradecimentos ao amigo Mauricio Dellova de Campos cujo incentivo proporcionou o término deste.

RESUMO

A doutrina tem demonstrado que a diferença entre regras e princípios caracteriza-se por uma diferença estrutural onde as regras têm um conteúdo mais determinado, mais específico, e os princípios apresentam-se como enunciados abertos com um alto grau de generalidade. A constitucionalização do direito civil implicou na verticalização desses princípios em todo o ordenamento, levando à colisão entre direitos constitucionalmente protegidos nas relações entre particulares, devido à eficácia horizontal nas relações privadas. Como forma de solução de conflitos, onde ocorre colisão entre direitos constitucionalmente protegidos de mesma hierarquia, propomos a utilização da proporcionalidade, ferramenta que embora sedimentada na área constitucional, é pouco ou quase nada utilizada no direito privado.

PALAVRAS-CHAVES: Princípios, direitos fundamentais, eficácia horizontal, direitos existenciais, colisão, proporcionalidade nas relações entre particulares.

ABSTRACT

The doctrine has shown that the difference between rules and principles is characterized by a structural and content difference where rules are more specific and determined, and principles belong to an open set with a high degree of generality. The constitutionalization of civil law implied the verticalization of these principles throughout all the law system. This has led to rising conflicts between constitutionally protected individual rights mainly due to the horizontal efficacy verified in private relationships. As a means of conflict resolution, in case of conflicts involving constitutionally protected rights of the same hierarchy, we propose the application of proportionality rules. This is a well known tool in the constitutional area, but still of little use in private law practice.

KEY WORDS: Principles, fundamental rights, horizontal efficacy, existential rights, collision, proportionality between private relations

Sumário

<i>Introdução</i>	9
1. Constitucionalização do direito civil	11
1.1 A divisão patrimonialidade e não patrimonialidade	11
1.2 Constitucionalização do direito civil	14
1.2.1 Autonomia privada	20
2 Princípios constitucionais e normas	23
2.1 Princípios constitucionais.....	23
2.2 Distinção entre princípios e regras	25
2.2.1 Distinção formulada por Dworkin	26
2.2.2 Distinção formulada por Alexy	27
2.2.3 Distinção segundo Gianformaggio	28
2.2.4 Ponderação das regras segundo Humberto Ávila	29
2.3 Cláusulas gerais e conceitos indeterminados	31
2.3.1 Cláusulas gerais.....	31
2.3.2 Distinção entre cláusulas gerais e princípios jurídicos	36
2.3.3 A dignidade da pessoa humana como cláusula geral.....	38
2.3.4 Distinção entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados	39
3 Direitos fundamentais	42
3.1 O caráter dúplice dos direitos fundamentais.....	43
3.2 Dupla dimensão dos direitos fundamentais	44
3.3 Eficácia dos direitos fundamentais	45
3.3.1 Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.....	47
3.3.1.1 Teoria da eficácia mediata	52
3.3.1.1.1 Crítica à teoria da eficácia mediata	56
3.3.1.2 Teoria da eficácia imediata	56
3.3.1.2.1 Críticas à teoria da eficácia imediata.....	59
3.3.1.3 Outras teorias.....	60
3.4 A ocorrência da colisão de direitos fundamentais nas relações privadas.....	60
3.5 Normas restritivas aos direitos fundamentais	63
3.5.1 Limites dos limites.....	68
3.6 Limites da renúncia a direitos fundamentais pelos particulares.....	69
3.7 Condições da renúncia.....	74
4 Direitos da personalidade	79
4.1 Evolução dos direitos da personalidade	79
4.1 A questão econômica dos bens da personalidade.....	90
4.1.1 Sistema dualista	91
4.1.2 Sistema monista	95
4.2 Disponibilidade relativa dos direitos da personalidade	96
4.3 Renúncia ao direito da personalidade	101
4.4 Panorama atual dos direitos da personalidade	108
5 O princípio da proporcionalidade	111
5.1 Histórico da proporcionalidade	112
5.1 Terminologia empregada.....	113
5.2 Fundamento constitucional	114
5.3 O método da proporcionalidade.....	116
5.4 Críticas a aplicação da proporcionalidade	122
5.5 A discricionariedade e o ativismo judicial	124
6 Aplicação da proporcionalidade	131
6.1 A aplicação diante de regras restritivas	134
6.2 Procedimentalização da técnica	135
6.3 A questão da dignidade humana	141
6.3.1 O desenvolvimento da personalidade humana como realização da dignidade humana.....	145

6.4 Aplicação prática do princípio a casos	149
6.4.1 O caso Manuel Wackenheim (lançamento do anão).....	149
6.4.2 Questões atinentes ao direito ao próprio Corpo	154
6.4.2.1 O caso Gloria Trevi	155
6.4.2.2 O caso do DNA “debaixo de vara”	157
6.4.2.3 O caso das testemunhas de Jeová.....	164
6.4.2.3.1 Habeas corpus 7.785 - SP	167
6.4.2.3.2 Agravo de Instrumento - TJMG	167
6.4.2.3.3 Agravo de Instrumento TJRGS	170
6.4.2.3.4 Agravo de instrumento TJRGS	171
6.4.2.3.5 Os Juízes e a transfusão de sangue	174
6.4.3 Colisões entre Liberdade de imprensa e imagem, honra e privacidade	177
6.4.3.1 Parâmetros para ponderação entre direito à imagem e liberdade de informação.....	184
6.4.3.2 O caso Cicarelli	185
6.4.3.3 As biografias não autorizadas.....	188
6.4.4 A questão da privacidade em relação a obtenção de dados pessoais	197
6.4.4.1 O caso Garotinho.....	198
6.4.5 Questões da bioética.....	202
6.4.5.1 Feto anencéfalo.....	203
6.4.6 Questões sociais.....	213
6.4.6.1 Preservação da saúde e do meio ambiente – O caso dos pneumáticos.....	214
6.4.6.2 Manifestações culturais - Farra do boi	219
<i>Conclusão</i>	224
<i>Referências bibliográficas</i>	227

Introdução

O ideal liberal proveniente da Revolução Francesa e das revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX, consagrou a autonomia da vontade como expressão máxima da liberdade individual do homem e esta consagração foi implementada através do contrato, instrumento pelo qual se podia alcançar a propriedade.

Por isso mesmo, todo o tratamento doutrinário elaborado a partir dessa época enfocava apenas o aspecto patrimonial.

Com base nesta patrimonialidade foram desenvolvidos princípios liberais que, com a evolução social tornaram-se, não obsoletos, mas incompletos frente às exigências da moderna sociedade.

Esta nova sociedade, além dos problemas afeitos apenas às questões patrimoniais, viu surgir outros essencialmente ligados aos aspectos do ser humano que levantaram a questão da adequabilidade das mesmas frentes à incidência da assim chamada constitucionalização do direito civil, e a conseqüente verticalização dos princípios constitucionais em todo o ordenamento vigente, bem como a questão da eficácia horizontal no trato dos particulares.

No cotidiano de cada cidadão há uma constante incidência das normas civis e constitucionais devido ao fato de que todos nós somos sujeitos de direitos ou deveres em todos os instantes da vida, quer como adquirentes de coisas e serviços quer como partícipes nas relações negociais e familiares. Não é por acaso que o direito civil e o constitucional são os que mais dizem respeito ao dia a dia do cidadão.

A doutrina dominante tem demonstrado que há uma estreita conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade devido ao fato de que a natureza dos princípios implica na máxima de proporcionalidade, e essa implica naquela.

A conseqüência dessa implicação é a validade da aplicação da proporcionalidade quando as normas de direitos fundamentais têm o caráter de princípios.

A doutrina tem demonstrado que a distinção entre regras e princípios vem sendo caracterizada, embora não exclusivamente, por uma diferença estrutural onde as regras têm

um conteúdo mais determinado, mais específico, e os princípios apresentam-se como enunciados abertos com um alto grau de generalidade.

Numa linha embora tênue, mas que com os princípios não se identificam, estão às cláusulas gerais e outras regras de conteúdo aberto que, pelo fato de conterem um conteúdo aberto assemelham-se aos princípios e, portanto, são passíveis de se aplicar a estes a técnica de ponderação.

É nesse sentido que propomos o uso da proporcionalidade nos casos em que houver colisões entre normas com alto grau de generalidade.

A proporcionalidade já está consolidada como ferramenta no campo constitucional, mas é pouco utilizada no campo civilístico.

Para se chegar a esta solução trataremos no Capítulo 1 da questão da constitucionalização do direito civil e no Capítulo 2 veremos as normas com enunciados abertos, como os princípios e cláusulas gerais que prepararam o caminho para verificarmos a consequente incidência dos princípios constitucionais nas relações entre particulares, com a consequente colisão entre princípios e, entre princípios e regras e, cláusulas gerais.

Na questão das incidências dos princípios constitucionais no trato entre particulares, obrigatoriamente deveremos nos ater ao menos, em breve momento na questão da incidência desses nos direitos fundamentais, os quais trataremos no Capítulo 3, e consequentemente nos direitos da personalidade no Capítulo 4, que devido à existência do artigo 11 do código civil, nos leva a uma breve discussão a respeito da possibilidade de flexibilização e mesmo de renúncia do exercício de tais direitos fundamentais e por consequência nos direitos de personalidade que nos leva a querer saber quais são os limites dessa renúncia. Para tanto faremos um pequeno estudo deste tópico, para chegar à conclusão dos limites dos mesmos.

Finalmente, veremos no Capítulo 5, a adequação do princípio da proporcionalidade ao campo civilístico, notadamente ao tocante às questões existenciais, à sua procedimentalização, aplicação e estudos de alguns “*hard cases*” que será efetuada no Capítulo 6.

1. Constitucionalização do direito civil

1.1 A divisão patrimonialidade e não patrimonialidade

O maior exponencial das questões patrimoniais foi / é o contrato. Várias codificações colocam esta questão de maneira expressa. Apenas exemplificando, trazemos trecho do ordenamento italiano citado por Paolo Gallo¹

“Sebbene il contratto costituisca attualmente il principale strumento di autonomia privata, caratterizzato da un campo di applicazione tendenzialmente generalizzato, vi sono settori preclusi all'autonomia privata, o meglio ancora settori nei quali il contratto non può operare. Il limite è previsto dall'art. 1321 c.c., il quale consente al contratto di spaziare esclusivamente nell'ambito dei rapporti giuridici patrimoniali”

Numa tradução livre, vemos que embora o citado autor entenda ser o contrato o principal instrumento da autonomia privada e que esta pode potencialmente operar em um amplo campo de aplicações, existem setores nos quais por estrita limitação legal, essa aplicação fica restrita. O ordenamento italiano restringe o objeto do contrato às relações exclusivamente patrimoniais.

Entretanto, verifica-se atualmente na moderna sociedade uma penetração da lógica comercial em todos os campos das relações humanas. Temos sido inundados com informações e comportamentos que antes restritas a ordem privativa do indivíduo, são hoje, sob a égide da “comercialização”, expostas ao público.

Tais preocupações foram objetos de pensadores como Jürgen Habermas² ao referir-se a “colonização do mundo da vida” pelos imperativos do sistema econômico destacando o importante papel do direito em impedir que o dinheiro e o poder invadam a esfera das relações intersubjetivas.

Ainda um pouco distante no tempo, lembra-nos a clássica concepção Kantiana onde a dignidade é um atributo das pessoas enquanto o preço é um atributo das coisas. O mundo moderno estaria colocando preço nas pessoas.

¹ GALLO, Paolo. *Trattato del Contratto*. Torino: Utet Giuridica, 2010. p. 48

² HABERMAN, Jürgen. 1998. p. 53-56, apud TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. *Situações jurídicas dúplices: Controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade*. In. TEPEDINO, Gustavo; FACCHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre Direito Civil*. 2012. p. 3

A dificuldade da distinção entre as situações patrimoniais e as não patrimoniais, que a esse ponto são coincidentes com a posição da doutrina, poderíamos denominá-las existenciais, em relação ao critério, notadamente quando uma determinada situação envolve os dois aspectos com semelhantes graus de intensidade. Ou seja, determinadas situações apresentam caráter patrimonial ou existencial e às vezes os dois conjuntamente, pois determinadas situações patrimoniais tornam-se vetores de interesses existenciais ou pessoais.

Morsello³ reportando-se aos trabalhos efetuados por Antonio Junqueira de Azevedo, relata que o mesmo ao detalhar a realidade contratual onde a pessoa natural seja integrante observou que deveria haver uma distinção essencial admitindo-se uma nova dicotomia contratual. Essa dicotomia seria a de contratos empresariais e contratos existenciais. Os primeiros teriam um regime de menor interferência judicial. Nos segundo estariam inseridos o contrato de trabalho, o de aquisição da casa própria, o de conta corrente bancária, locação residencial e, de uma maneira geral os que dizem respeito à subsistência da pessoa humana.

Teresa Negreiros⁴, no que denomina de paradigma da essencialidade, apresenta um método para distinção dos contratos à luz das diferentes funções que desempenham em relação às necessidades existenciais do contratante. Diz que os contratos que tenham funções de satisfazer necessidade existencial deverão sujeitar-se a um regime de caráter de tutela. Ao contrário, os contratos que não configuram necessidades básicas das pessoas deverão ser compatíveis com uma disciplina mais liberal, ou seja, sofrer maior influência dos princípios clássicos.

Outra forma de distinção é anotada por Meireles⁵, para a qual todo direito funda-se sobre um interesse e o ordenamento reconhece o direito na medida em que este seja exercitado no modo correspondente ao interesse. O interesse pode ser patrimonial ou de natureza pessoal e existencial, ou os dois juntos. É a patrimonialidade ou não patrimonialidade do núcleo de interesse que determinará se a situação jurídica subjetiva é patrimonial ou não patrimonial.

³ MORSELLO, Marco Fábio. *Contratos existenciais e de lucro. Análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos*. In LOTUFO et. al Coord. *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*. 2012. p. 297

⁴ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato*. 2006. p. 30

⁵ MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia privada e Dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 23

Mas isto nos leva a outro problema, pois a patrimonialidade pode ser caracterizada quando for suscetível de avaliação econômica, o que implica na necessidade de um critério para definir o que torna um interesse avaliável economicamente.

Oportunamente, lembra Bianca⁶ que embora o contrato objetive reger as relações patrimoniais, ele não é reduzível a uma operação econômica. Ele não é uma troca de bens e serviços, mas sim, um acordo através do qual os interessados realizam o negócio. Apesar de o contrato ser, sem dúvida, influenciado pelas leis econômicas, ele não é uma simples transposição em termos jurídicos de um fenômeno econômico.

Meireles⁷ empresta para essa análise a discussão doutrinária acerca da patrimonialidade na prestação no direito das obrigações, a qual pode ser apurada através da teoria subjetiva e da teoria objetiva. Pela teoria subjetiva verifica-se através da vontade das partes, ainda que o mesmo possa ser descoberto através de sinais exteriores, como por exemplo, na fixação de uma contraprestação. Pela objetiva, através de seu objeto considerado em si mesmo. Aduz a autora que a teoria subjetiva é falha, pois a mesma prestação poderia ser patrimonial em uma dada relação e não patrimonial em outra.

Entretanto, tais teorias não são suficientes para distinguir e, por isso, recorre ao perfil funcional.

Quem também recorre ao perfil funcional é Ana Carolina B. Teixeira e Carlos N. Konder⁸ reputando a este método a maior relevância na distinção. Dizem que tal método “*utiliza o recorte fático para refletir sobre a específica função daquela situação no ordenamento jurídico, com todas as circunstâncias que o caso determina, através de um profícuo diálogo entre a norma e a realidade, de modo que este é o ponto de partida para a qualificação da situação jurídica subjetiva.*”. Funcionalizar um instituto é descobrir sob qual finalidade ele serve melhor para o cumprimento dos objetivos constitucionais.

O fundamento de tal método deve-se a possibilidade que a função tem de acompanhar as mudanças na sociedade. A função de um instituto jurídico revela a sua finalidade no ordenamento jurídico. Completam ainda que funcionalizar um instituto é descobrir sob qual finalidade ele melhor serve para o cumprimento dos objetivos constitucionais. Sintetizam

⁶ BIANCA, C. Massimo. *Dirito Civile. Il contratto*. 1987. p. 1-51

⁷ Op. cit. p. 24

⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina B; KONDER, Carlos N. *Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade*. 2012. p. 6-7

dizendo que não basta verificar o cumprimento da função social das situações jurídicas, mas determinar qual a função que esta situação jurídica realiza, que melhor concretiza os objetivos constitucionais.

As situações existenciais implicam na realização de função de cunho pessoal, que tutele o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa inserida na sociedade em determinado contexto. Concluem dizendo que as situações patrimoniais têm função social e as existenciais, função pessoal.

Nesta mesma tônica, Rosenvald⁹, defende a necessidade de uma revisão do conceito de negócio jurídico à luz de um direito civil-constitucional onde se coloca a pessoa como protagonista do ordenamento jurídico, submetendo a atividade econômica aos princípios da dignidade humana e respeito às situações existenciais.

Nota-se nos textos citados anteriormente a grande influência da constituição no direito privado e em especial no direito civil. Esta incidência recebeu da doutrina os nomes de: despatrimonialização do direito civil, de constitucionalização do direito civil, direito civil constitucional, publicização, ou como prefere Renan Lotufo, socialização das relações privadas; tópico sobre o qual iremos discorrer.

1.2 Constitucionalização do direito civil

No momento em que as Constituições incorporaram direitos fundamentais e normas principiológicas, surgiu como consequência que o direito civil deveria ser de ora em diante estudado tendo em vista o prisma civil-constitucional. A esse movimento alguns denominam direito civil constitucional, outros constitucionalização do direito civil.

Mas o que vem a ser esse movimento? Uma rápida conceituação definirá como uma corrente metodológica que defende a necessidade de permanente releitura do direito civil à luz da Constituição¹⁰.

Marcelo Conrado et al.¹¹ relatam que o direito privado no século XX foi marcado por uma discussão acerca de sua configuração normativa. Dentre estas, cogitou-se daquilo que

⁹ ROSENVALD, Nelson. *Da interpretação no Negócio Jurídico*. 2008. p. 411

¹⁰ SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e constituição*. 2013. p. 6

¹¹ CONRADO, Marcelo et. al. *Direito privado e constituição*. 2009. p. 5

Natalino Irti¹² denominou “era da descodificação”, onde leis especiais fragmentam a unidade do código civil em uma diversidade de microsistemas. Relatam os autores que diante desse quadro restavam dois caminhos: 1) enunciar princípios gerais aos quais se submeteria a interpretação e aplicação das leis especiais ou; 2) subordiná-las à Constituição, colocada no vértice da hierarquia das fontes. O nosso ordenamento jurídico optou pela segunda via.

Então, o significado de releitura é não apenas recorrer à Constituição para interpretar as normas, mas também reconhecer que as normas constitucionais podem e devem ser aplicadas diretamente às relações jurídicas entre particulares, tópico este que veremos em detalhe quando tratarmos da aplicabilidade das relações fundamentais entre particulares.

Oportunamente, De Cicco¹³ lembra-nos que o fenômeno da constitucionalização implica também uma atenção especial do operador do direito com a efetividade social dos direitos fundamentais.

Essa releitura do direito civil iniciou-se na Europa a partir do fim da segunda guerra mundial, quando as constituições de diversos países passaram a refletir o comprometimento com a democracia, a solidariedade social e com a dignidade humana. Entretanto, criou-se um problema, pois os textos constitucionais passaram a chocar-se com as codificações civis inspiradas na ideologia individualista e patrimonialista advinda da Revolução Francesa e das revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX.¹⁴ Apenas como exemplo, enquanto as constituições europeias do pós-guerra estabeleciam que a propriedade privada cumprisse uma função social, as codificações civis ainda continuavam a definir a propriedade como tendo direito de gozar e dispor da coisa de modo pleno e exclusivo, não se referindo à função social. Como se nota, havia uma clara e autêntica colisão axiológica entre as Constituições e os códigos civis.

A explicação disto é que por toda a Europa Continental o direito civil era visto como verdadeira instituição devido ao prestígio de sua tradição histórica. Schreiber¹⁵ apropriadamente relata que: “O processo de codificação e exacerbado positivismo jurídico contribuiu para a crença de que a dogmática civilista poderia sobreviver às revoluções políticas e às diferentes ideologias. Dessa forma, no confronto entre os novos valores constitucionais e as regras do direito civil, a maioria dos juristas preferiam ater-se a estas últimas.”

¹² IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 4. ed. Milano:Giuffrè, 1999. apud. CONRADO, op. cit. p. 5

¹³ DE CICCIO, Maria Cristina. *A pessoa e o Mercado*. In TEPELINO, Gustavo Org. *Direito civil contemporâneo*. 2008. p.110

¹⁴ SCHREIBER, Anderson. Op. cit. p. 7

¹⁵ *Ibid.*, p. 8

Este individualismo do direito civil chocava-se com o humanismo das novas Constituições. Schreiber¹⁶ relata que o contexto histórico exigia uma tomada de posição por parte dos juristas europeus, especialmente dos italianos e alemães, devido ao fato de que a suposta neutralidade ideológica dos institutos civis serviram como justificativa da estabilidade das relações econômicas e de preservação da ordem jurídica sob o regime fascista e nazista.

Francesco Galgano ao responder o porquê da constitucionalização do direito civil, relata que a resposta “é depositada na passagem da luta contra o despotismo político para a luta contra o despotismo econômico”.¹⁷

É nesse contexto que a nova metodologia vem propor que os institutos de direito civil sejam reformulados à luz dos novos valores constitucionais.

Paulo Lobo¹⁸ relata que a constitucionalização do direito civil no Brasil é um fenômeno iniciado a partir da última década do século XX entre os juristas preocupados com a revitalização do direito civil e de sua adequação aos valores consagrados na Constituição de 1988.

Relata que os civilistas perceberam que a centralidade da disciplina tinha migrado para a Constituição. O ideal da Revolução Francesa ocasionou uma bipartição da ordem política do cidadão, pois de um lado o Código Civil protegendo a ordem privada do cidadão e do outro o Estado com a constituição política, resultando em duas constituições que se desenvolveram distanciadas.

Relata que os civilistas, finalmente, descobriram a Constituição e perceberam que a elevação dos fundamentos do direito civil ao status constitucional foi uma escolha axiológica da sociedade para a consolidação do Estado Democrático e Social do Direito, para a promoção da justiça social e da solidariedade que eram incompatíveis com o modelo liberal anterior.

Paralelamente à Constituição de 1988, havia em vigor o código civil de 1916 que, inspirado na filosofia liberal e individualista, provocava um conflito de valores em diversos setores do direito privado como, por exemplo, entre os artigos 226,§ 5 CF e o artigo 233 do

¹⁶ Ibid., p. 9

¹⁷ GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra códice e costituzione*. apud CONRADO, op. cit. p. 6

¹⁸ LÔBO, Paulo. *A constitucionalização do direito civil brasileiro*. In TEPEDINO, Gustavo. Org. *Direito Civil contemporâneo*. 2008. p. 18

código civil de 1916, ou seja, pela constituição havia a igualdade entre homens e mulheres e pelo código civil, o marido era o chefe da sociedade conjugal. Então, também no Brasil, a constitucionalização do direito civil mostrava-se urgente e imperiosa.¹⁹

Como a Constituição Federal elevou a pessoa humana e sua dignidade a fundamento da República, impõe-se uma leitura de todos os institutos tradicionais de direito civil positivados na legislação ordinária, para que se adequem à diretriz eleita pela Constituição.

Os valores de justiça social ou solidariedade dominou o cenário constitucional do século XX, pois a sociedade exigia o acesso aos bens e serviços produzidos pela economia, ocasionando a atuação do Estado para prevalecer o interesse coletivo, evitar abusos e assim garantir a afirmação da dignidade humana.

Alguns identificam este esforço como uma despatrimonialização do direito civil tendo como consequência a necessária reformulação dos instrumentos jurídicos de cunho patrimonial, ou ao menos a sua reinterpretação para que se possam aplicar às situações existenciais.

Trata-se de um tratamento jurídico diferenciado, como destaca Perlingieri²⁰: "Não é suficiente, portanto, insistir na afirmação da importância dos interesses da personalidade no direito privado; é preciso predispor-se a reconstruir o direito civil não com uma redução ou um aumento da tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa".

Mais do que isso, afirma-se no âmbito da constitucionalização do direito civil verdadeira preeminência, a priori, da tutela das situações jurídicas não patrimoniais (ou existenciais) em comparação com as situações patrimoniais, em virtude da atuação dos princípios constitucionais.

Como bem salienta Barros Dias²¹, qualquer que seja o nome adotado, não se pode compreendê-lo sem analisar o próprio tecido constitucional.

A Constituição fundamentalmente promove uma autolimitação do Estado e, ao mesmo tempo em que coloca à disposição da sociedade meios eficazes para obtenção das prerrogativas e potencialidades aspiradas pelo indivíduo ela atende às exigências teleológicas do Direito e do Estado.

¹⁹ SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. p.10

²⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. 2007. p.34

²¹ DIAS, Joaquim José de Barros. *Direito Civil Constitucional*. 2002. p. 21

O direito civil constitucional estabelece novos paradigmas de atuação e de coexistência entre os poderes do Estado e o exercício dos direitos civis das pessoas, o que implica não só ao respeito que o particular deve ao direito objetivo do Estado, mas também que o Estado no seu poder-dever não macule as garantias asseguradas pela Constituição às pessoas naturais ou jurídicas.

Oportunamente, Giovanni Nanni²² entende que “a norma constitucional passa a ser integrante do sistema civil, não apenas como regra hermenêutica, mas como norma vinculante de comportamento, incidindo sobre as relações privadas e tutelando seus valores fundamentais.”

Rosenvald²³ defende a necessidade de uma revisão do conceito de negócio jurídico à luz de um direito civil-constitucional onde se coloca a pessoa como protagonista do ordenamento jurídico, submetendo a atividade econômica aos princípios da dignidade humana e respeito às situações existenciais.

Paulo Lobo²⁴ esclarece que o processo de constitucionalização do direito civil não se resume somente à aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, pois esse é apenas um de seus aspectos; ele vai muito além.

O significado mais importante, e que posteriormente será desenvolvido, é o da aplicação direta das normas constitucionais, dos seus princípios, às relações privadas quando inexistir norma infraconstitucional, onde o juiz poderá extrair das normas constitucionais o conteúdo necessário para resolução de um conflito e também quando embora a demanda seja objeto de norma infraconstitucional, esta deverá ser interpretada de acordo com as normas constitucionais aplicáveis.

Relata Paulo Lobo²⁵ que os civilistas brasileiros nunca duvidaram da força normativa da Constituição e para estes é indiscutível a distinção entre princípios e regras, ambos tendo força normativa sem dependência de regulamentação infraconstitucional.

²² LOTUFO, Renan. *Cadernos de Autonomia privada*. Caderno 2. p. 164 apud DIAS, Op. cit. p. 23

²³ ROSENWALD, Nelson. Op. cit. p. 411

²⁴ Op. cit. p. 21

²⁵ Op. cit. p. 22

Entretanto, isso não quer dizer que o processo de constitucionalização tenha sido aceito sem resistências. A corrente dos civilistas mais tradicionais reagiram negativamente entendendo que tanto o direito constitucional quanto o direito civil deveriam cada qual permanecer em seu lugar. Temiam pela banalização do processo com a elevação de todas as relações de direito civil ao plano constitucional e também pela diminuição da importância do direito civil que se tornaria apenas um apêndice do direito constitucional. Entretanto, com o passar dos anos entenderam que as matérias do direito civil são próprias não tratáveis pela constituição salvo de maneira excepcional e supletivamente.

Schreiber²⁶ reportando-se a Perlingieri nos traz os pressupostos teóricos fundamentais do processo de constitucionalização do direito civil que são:

- a) A natureza normativa da Constituição;
- b) A complexidade e unidade do ordenamento jurídico e o pluralismo de fontes do direito;
- c) O desenvolvimento de uma renovada teoria da interpretação de fins aplicativos

A natureza normativa da Constituição implica que a constitucionalização do direito civil fundamenta-se na eficácia normativa da Constituição. A posição tradicional visualizava a constituição como uma espécie de carta política, dependendo sempre de uma lei ordinária para atingir os fatos. No caso de lacunas no código civil, haveria como último recurso à aplicação dos princípios gerais de direito a teor do artigo 4º do Decreto Lei 4.657/42.

Ressalte-se aqui que os princípios gerais de direito não se confundem com os princípios constitucionais, pois estes estão situados no topo do ordenamento jurídico.

O significado de unidade e complexidade do ordenamento jurídico é que o ordenamento, por mais que se diversifiquem suas fontes, multipliquem suas normas ou se especializem seus setores, permanece como unitário, centrado sobre os valores constitucionais. Com isso, essa metodologia opõe-se frontalmente a teorias dos microssistemas que entende o direito privado como uma cadeia de microssistemas autônomos. Tal teoria foi proposta por Natalino Irti, que substituíria o monossistema jurídico centrado sobre o código civil por um polissistema jurídico, cada um com a sua lógica e linguagem.

Dessa forma, segundo Paulo Lobo²⁷ o direito civil brasileiro é composto pelas normas constitucionais (regras e princípios) como núcleo ou centro, e gravitando em torno deste, estão

²⁶ SCHREIBER, op.cit. p. 12

o Código Civil, a legislação civil especial e o direito material das relações civis dos microsistemas jurídicos. É a Constituição que dá unidade ao sistema e não mais o Código Civil, e o diálogo entre as fontes normativas infraconstitucionais ocorre pela mediação dos princípios e regras constitucionais.

Uma pergunta que fica no ar é se com a vigência do novo código civil, esse movimento de constitucionalização do direito civil terminou; Como bem pontua Schreiber²⁸, “o direito civil brasileiro continua a exigir e continuará a exigir permanente releitura à luz dos valores constitucionais, como único caminho seguro para a realização do projeto da sociedade, traçada pela constituição de 1.988.”

Em tempo, a referência constante à dignidade humana nos remete a tentar em breves palavras dar uma visão do que ela seja. Para tanto, entendemos adequada a definição efetuada por Hans Carl Nipperdey²⁹, que já em 1.961 esclarecia que: “No ordenamento jurídico a dignidade humana é então realizada, quando ela assegura à pessoa uma esfera, na qual ela pode atuar como ser independente e moralmente auto-responsável, na qual ela nem é submetida à pretensão de poder de outra pessoa, nem é transformada em mero meio de uma finalidade comunitária, mas é pessoa auto-responsável, livre.

Ainda segundo Nipperdey, decorrente da dignidade e da liberdade de desenvolvimento são a autonomia privada e a liberdade contratual.

Isto nos leva a entender o que seja autonomia privada e sua transformação desde o princípio liberal da autonomia da vontade até a sua definição atual.

1.2.1 Autonomia privada

Barboza³⁰ reportando-se ao trabalho de Luigi Ferri nota que há um uso indiscriminado das expressões autonomia privada, autonomia da vontade e liberdade contratual. A autonomia privada não se identifica com a autonomia do querer.

²⁷ Op. cit. p. 24

²⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. 2013. p. 11

²⁹ NIPPERDEY, Hans Carl. *Direitos fundamentais e direito privado*. In Direitos Fundamentais e direito privado. Textos Clássicos. Organizador. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 52

³⁰ BARBOZA, Heloisa Helena. *Reflexões sobre a autonomia negocial*. 2008. p. 407

Relata que o conceito de autonomia (autos= por si mesmo + nomos= lei, norma, convenção) tem origem grega referindo-se à coletividade, ao seu poder autárquico, consistente na capacidade da polis de instituir os poderes e fazê-los respeitados pelos cidadãos. Somente a partir do século XVIII a autonomia, por força do humanismo individualista da idade moderna, passou a se aplicar aos indivíduos.

Deve-se a Kant a primeira formulação do conceito de autonomia para quem o sujeito moral é o que faz suas livres escolhas, com base em princípios morais livremente escolhidos. Para Kant, um agente moral é autônomo se for ele, e unicamente ele, a escolher sua lei moral, ou seja, se for livre.

Então, a palavra autonomia indica a capacidade humana em dar-se suas próprias leis e compartilhá-las com seus semelhantes, ou a condição de uma pessoa ou de uma coletividade, capaz de determinar por ela mesma a lei à qual se submeter.

Perlingieri³¹ diz que não é uma operação simples definir a autonomia privada, porque sobre este conceito colocaram-se questões sobre as quais depende em grande parte a configuração do ordenamento. Portanto, “a autonomia privada pode ser determinada não em abstrato, mas em relação ao específico ordenamento jurídico no qual é estudada e à experiência histórica que, de várias formas, coloca a sua exigência.”

Como mero ponto de partida, pode-se entendê-la como sendo o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos.

Fundamenta essa concepção, a liberdade de regular as próprias ações, embora entenda que a definição de liberdade é influenciada de modo decisivo pelo contexto cultural, antropológico e ideológico.

Ensina Perlingieri que tradicionalmente traduz-se por liberdade de negociar, de escolher o contratante, determinar o conteúdo do contrato ou ato, e por vezes, de escolher a forma do ato. Aduz que por trás da fórmula escondia-se o liberalismo econômico e a tradução em regras jurídicas de relações de força mercantil. Entretanto, devido à hierarquia

³¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil. Introdução ao direito constitucional*. 2007. p. 17

constitucional de valores, essa concepção mudou e a liberdade não mais se regula através da iniciativa econômica, mas, ultrapassa-a e subordina a si mesma a iniciativa econômica.

A autonomia privada, diz ainda, Perlingieri, não se identifica com a iniciativa econômica, nem com a autonomia contratual em sentido estrito, pois o contrato, não exaure a área de relevância da liberdade dos particulares. Ao contrário, ela se exprime em matérias onde são envolvidas situações subjetivas existenciais em que a presença do valor da pessoa impõe a interpretação de cada ato à luz desse princípio fundamental³².

Com a transformação da sociedade, o conceito de autonomia privada também sofreu as influências dessa transformação. A ideia segundo a qual o indivíduo é juiz de seus próprios interesses, não mais tem suporte em nossa sociedade. Hoje se inspira o ordenamento em valores prevalentes de solidariedade social como valor de fundo da nossa constituição.

A expressão desse princípio é o princípio da igualdade que integra o princípio da igualdade jurídica, pela qual, o Estado é instado a remover os obstáculos de ordem econômicas e sociais que limitam a liberdade e a igualdade dos cidadãos, que são bem traduzidos pelos princípios constitucionais, que veremos a seguir.

³² *Ibiden*, p. 276

2 Princípios constitucionais e normas

2.1 Princípios constitucionais

Conforme salienta Carlos Bernal Pulido³³ uma das mais importantes ideias do direito contemporâneo tanto no mundo anglo-saxão como no direito continental é que os ordenamentos jurídicos não são compostos exclusivamente por regras, ou seja, normas jurídicas, mas também por princípios.

A convicção tradicional³⁴, que apareceu na *jurisprudence* inglesa através das obras de Austin e perpetuado no conceito de direito de Hart, e no direito continental através dos trabalhos de Kelsen, sustentava que o direito estava constituído exclusivamente por regras, através de normas bem determinadas, providas de uma estrutura condicional hipotética.

Consequência disso é que entendia-se que a única maneira de aplicar o direito era através da subsunção, muito bem expressada na estrutura *Se A é, então deve ser B*.

Entretanto, a partir do trabalho de Dworkin no direito anglo-saxão e de Robert Alexy no direito germânico, passa-se a entender que às regras e à subsunção somam-se os princípios.

Princípios são os vetores dos valores de um ordenamento jurídico, e muito deles, vêm inseridos nas constituições nacionais.

A expressão “interpretação conforme a Constituição”, empregada por Willis Santiago Guerra Filho, traz o significado de que a interpretação deve estar de acordo com as opções valorativas básicas expressas no texto constitucional.

Os princípios constitucionais possuem uma importância dentro do sistema normativo que além de serem considerados alicerces do sistema jurídico, influem até mesmo na interpretação das próprias normas constitucionais.

A importância dos princípios constitucionais dentro do ordenamento jurídico positivo decorre do fato de que estes orientam e condicionam a interpretação das normas jurídicas.

³³ PULIDO, Carlos Bernal. Cap. III. A ponderação como procedimento para interpretar direitos fundamentais. In *O direito dos direitos*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 91

³⁴ *Ibid.*, p. 91

Celso Bastos³⁵ diz que “os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Isto só é possível na medida em que estes não objetivam regular situações específicas, mas sim desejam lançar a sua força sobre todo o mundo jurídico. Alcançam os princípios esta meta à proporção que perdem o seu caráter de precisão de conteúdo, isto é, conforme vão perdendo densidade semântica, eles ascendem a uma posição que lhes permite sobressair, pairando sobre uma área muito mais ampla do que uma norma estabelecadora de preceitos. Portanto, o que o princípio perde em carga normativa, ganha como força valorativa a espriar-se por cima de um sem-número de outras normas.”

Paulo Lobo³⁶ lembra que a constitucionalização do direito fez surgir o problema da dimensão normativa dos princípios onde o grau de generalidade de seus conteúdos foram os principais adversários de sua franca aplicabilidade, pois o sistema jurídico romano-germânico, a que o Brasil se filiou, privilegiou a conduta hermenêutica da subsunção dos fatos à hipótese normativa, e devido a isso, os princípios ficaram relegados a função supletiva e de reforço retórico contribuindo para o distanciamento do direito civil das normas constitucionais, que os privilegiam.

Se um princípio constitucional apresentar uma pluralidade de sentidos, a interpretação deverá ser feita de maneira a sintonizar o princípio que lhe for mais próximo.

Examinando-se o texto constitucional pode-se perceber uma certa tensão entre os vários princípios. Ao contrário das normas onde a existência de conflitos, ou seja, de antinomia, elas se excluem, os princípios se limitam mutuamente.

Dessa forma, por agirem como normas hierarquicamente superiores os princípios funcionam como verdadeiras supranormas.

Entre as várias classificações Rizzatto³⁷ nos apresenta uma, de cunho didático, efetuada por J. J. Gomes Canotilho que classifica-os em princípios estruturantes, princípios constitucionais gerais e princípios constitucionais especiais.

³⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 1995. p. 143

³⁶ Op.cit. p. 24

³⁷ NUNES, Rizzatto. *O princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. 2010. p. 54

Os estruturantes são aqueles que representam o arcabouço político fundamental do Estado e sobre os quais se assentam todo o ordenamento jurídico. Exemplo deste é o Princípio Democrático e o de Estado de Direito.

Os constitucionais gerais clarificam o sentido dos princípios estruturantes e concretizam-se mediante princípios constitucionais especiais.

Por exemplo, para clarificar o princípio estruturante do Estado de Direito Democrático, temos os princípios constitucionais especiais da legalidade dos atos da administração, o da soberania popular e o da independência dos Tribunais. No caso da soberania popular, esta pode ser concretizada mediante o princípio especial do sufrágio universal.

Rizzato Nunes³⁸ entende que ao lado do princípio do Estado De Direito Democrático, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, também tem o caráter de princípio estruturante.

2.2 Distinção entre princípios e regras

Analisando-se o ordenamento jurídico positivo verifica-se que normas jurídicas enquanto gênero são compostas de duas espécies: princípios e regras jurídicas.

Em relação à distinção entre regras e princípios há pelo menos duas concepções³⁹:

1 – considera que ocorra apenas ao nível de grau, também denominada concepção débil dos princípios.

2 – existe uma diferença qualitativa entre princípio e regras, também denominada concepção forte.

Para a concepção débil, não existe uma distinção clara entre princípios e regras.

Para a concepção forte, há uma distinção lógica e qualitativa entre princípios e regras, que inclusive apresenta subsídios para a racionalidade da argumentação jurídica nos *hard cases*.

Os estudos contemporâneos efetuados, principalmente, por Ronald Dworkin, Robert Alexy e Letizia Gianformaggio, apontam para uma tendência de predominância da concepção forte.

³⁸ NUNES, Rizzato. *O princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. 2010. p.54

³⁹ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. Sergio Fabris Editor. 3. ed. 2008, p. 29.

2.2.1 Distinção formulada por Dworkin

Para Ronald Dworkin⁴⁰ a distinção entre princípios e regras é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza *da orientação que oferecem*. As regras são aplicáveis à maneira do *tudo ou nada* (all or nothing), sendo que a regra é válida e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

Exemplifica citando as regras do beisebol, onde uma regra estipula que se o bateador errar três bolas está fora do jogo. Acrescenta que uma regra pode ter exceção (o bateador que errou três bolas não será eliminado se o pegador deixar cair a bola no terceiro lance). Assim, um enunciado correto da regra, levaria em conta esta exceção; se não o fizesse, seria incompleto. Passando para o campo do direito, cita como exemplo a validade do testamento se for assinado por três testemunhas. Dessa forma, nenhum testamento será válido quando assinado apenas por duas testemunhas.

Já os princípios não funcionam desta maneira, mesmos aqueles que se mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas.

Segundo Dworkin essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra⁴¹. *Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm: a dimensão do peso ou importância*. Isso fica mais claro quando dois princípios entram em colisão. Nesta hipótese, a solução teria que levar em conta o peso ou a importância relativa de cada princípio, a fim de se escolher qual deles, no caso concreto, prevalecerá ou sofrerá menos constrição que o outro.

Já as regras não têm esta dimensão. Diz Dworkin *“que as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes, no sentido de que uma regra jurídica pode ser mais importante que outra, porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento.”*

Para Dworkin se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. O próprio sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que em nosso sistema jurídico ocorre através das regras que regulam as antinomias, quais sejam, o critério

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Martins Fontes. 2007. p. 39 e ss,

⁴¹ Ibid., p. 42

hierárquico, o cronológico e o da especialidade. Também, pode ser possível a aplicação das regras pertinentes às antinomias de segundo grau.

Neste sentido, Dworkin, concebe o direito como um sistema composto de princípios e regras, chocando-se frontalmente com a concepção positivista que representa o Direito como um sistema de regras apenas.

2.2.2 Distinção formulada por Alexy

Já para Alexy⁴² a distinção entre regras e princípios é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais que, sem elas, não se pode haver uma teoria adequada sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico.

Alexy reúne sob o conceito de norma, tanto regras como princípios, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição.

Ensina Alexy que existem diversos critérios para se distinguir regras de princípios, sendo o da generalidade, provavelmente o utilizado com maior frequência.

Para esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o das regras é relativamente baixo.

Outros critérios são a determinabilidade dos casos de aplicação, a forma de seu surgimento, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica.

Mas para Alexy, nenhuma das formas acima mencionadas permite que se distinga, de forma precisa, regras de princípios.

Para ele, princípios se apresentam como forma de otimização, ou seja, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Daí, a denominação de *mandatos de otimização*.

⁴² ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Malheiros. 2008, p. 85

Os princípios são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas, ou seja, proporcionalmente às condições reais e jurídicas existentes.

O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

As regras são normas que são válidas ou não válidas. Se uma regra é válida, então deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos. São ordens peremptórias que devem ser cumpridas sem admitir graduação.

Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível. Então, a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.

Segundo Alexy, a distinção entre regras e princípios torna-se mais clara nos casos de colisões entre princípios e conflitos entre regras, e a maneira de solucioná-las é diversa.

No caso de conflitos entre regras a solução é introduzir uma cláusula de exceção ou declarando uma das regras inválida, uma vez que se a primeira hipótese não for viável, só restará afastar pelo menos uma das regras conflituosas.

A colisão de princípios, como já vista, acontece na dimensão do peso. Assim, dois princípios entrando em conflito, um deles deve prevalecer sobre o outro. Mas, isso, não significa que princípio deve ser declarado inválido, mas apenas que, sob determinadas circunstâncias um princípio tem mais peso ou importância que outro.

2.2.3 Distinção segundo Gianformaggio

Segundo Gianformaggio, citado por Edilson de Farias, a diferença entre princípio e regra manifesta-se no momento da interpretação ou aplicação do direito. Para ela, a regra é uma norma cuja aplicação se subsume a uma situação de fato (*fattispecie concreta*), a uma previsão normativa (*fattispecie abstracta*).

Os princípios seriam normas cuja aplicação não conformaria com esta metodologia.

Os princípios jamais são, entre si, incompatíveis, são sempre concorrentes entre si.

Aplicar um princípio implica também em aplicar outros princípios com ele concorrentes no sentido de se alcançar o mínimo de restrição dos princípios envolvidos.

2.2.4 Ponderação das regras segundo Humberto Ávila

Mais recentemente, alguns autores, entre eles Humberto Ávila, têm ressaltado que a distinção entre princípios e regras não é tão simples, e que talvez não seja mesmo ontológica, dependendo, antes, de estruturas interpretativo-argumentativas que podem, em tese, ser aplicadas a quaisquer normas.

Sustenta-se, em outras palavras, que “a atribuição do qualificativo princípios ou regras a determinadas espécies normativas depende, antes de tudo, de conexões axiológicas que não estão prontas antes do processo de interpretação que as desvela”.

Segundo Ávila⁴³ a evolução doutrinária da distinção entre princípios e regras, indica que há distinções fracas (Esser, Canaris, Larenz) e distinções fortes (Dworkin e Alexy) e que os critérios usualmente empregados para a distinção são:

- Critério do caráter hipotético-condicional

As regras possuem uma hipótese e uma conseqüência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao *modo se, então*. Já os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para encontrar a regra para o caso concreto.

- Modo final de aplicação

As regras são aplicadas de modo absoluto, *tudo ou nada*, enquanto que os princípios são aplicados de modo gradual *mais ou menos*.

- Relacionamento normativo

As antinomias entre regras consubstanciam verdadeiro conflito que é solucionado com a declaração de invalidade de uma delas ou com a criação de uma exceção. Já entre os princípios resolve-se mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso a cada um deles.

- Fundamento axiológico;

Considera os princípios como fundamentos axiológicos para tomar a decisão.

⁴³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 2010. p. 39

Ávila ao tratar do *modo final de aplicação*, faz uma crítica do pensamento de Dworkin de que as regras são aplicadas no modo *tudo ou nada*.

Segundo Ávila, este critério pode ser parcialmente reformulado. Sustenta que as regras, ao serem aplicadas, devem passar por um processo de ponderação, ou pelo menos por um processo de consideração das circunstâncias fáticas da aplicação da norma jurídica como regra.⁴⁴

E isso ocorre porque, nas palavras de Ávila⁴⁵, “é preciso demonstrar que o modo de aplicação não está determinado pelo texto objeto de interpretação, mas é decorrente de conexões axiológicas que são construídas pelo intérprete, que pode inverter o modo de aplicação havido inicialmente como elementar.”

O que ele está dizendo é que é tarefa do intérprete definir se a norma é uma regra ou um princípio.

Para exemplificar suas ideias, Ávila traz uma decisão polêmica do STF, através do HC 73.662-9⁴⁶ quando da aplicação da antiga regra do artigo 224⁴⁷ Código Penal onde presume-se violência quando a vítima é menor de 14 anos.

Essa norma previa que se for praticada relação sexual com menor de 14 anos, então deveria ser presumida a violência por parte do autor. *A norma não prevê qualquer exceção.*

Entretanto, o STF ao julgar um caso em que vítima tinha 12 anos atribuiu relevância à circunstâncias particulares não previstas pela norma, como aquiescência da vítima, ou aparência física e mental do autor, que terminou por entender, como não configurado o tipo penal.

Através do exemplo, Ávila, considera que a consequência estabelecida pela norma pode deixar de ser aplicada em face de razões substanciais consideradas pelo aplicador. Desta maneira, considera que as regras não possuem um modo absoluto, um tudo ou nada, mas que

⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais. 2. ed. Malheiros, 2010, p. 56

⁴⁵ AVILA, Humberto. Op. cit. p. 44

⁴⁶ STF, 2ª Turma. HC 73.662-9 MG. Rel Min. Marco Aurélio. J. 21-5-1966 DJU 20.9.1966 p. 34.535

⁴⁷ Artigo revogado pela Lei 12.015 / 2009.

as regras que aparentam indicar um modo incondicional de aplicação podem ser objeto de superação por razões não imaginadas pelo legislador para os casos normais.⁴⁸

Para dar suporte às suas argumentações traz como exemplo⁴⁹ uma regra do Código de Ética Médica que determina que o médico diga a seu paciente toda a verdade sobre a doença e uma outra regra que estabelece que o médico deve utilizar-se de todos os meios para curar seu paciente.

O dilema surge quando dizer a verdade ao paciente irá diminuir as chances de cura em razão do abalo emocional decorrente. Nesse caso, o médico deve ou não dizer a verdade ?

Ávila entende que não são apenas os princípios, mas que também as regras têm a chamada dimensão do peso, o que implica na possibilidade que uma regra ceda preferência a outra, em uma colisão, sem que com isso se torne inválida e tenha que ser expurgada do ordenamento jurídico, conforme propõe Alexy.

2.3 Cláusulas gerais e conceitos indeterminados

2.3.1 Cláusulas gerais

Judith Martins Costa⁵⁰ ao tratar das cláusulas gerais inicia dizendo que ao estudioso das cláusulas gerais abre-se um mundo fundamentalmente cambiante e complexo, lembrando em muito o mito entre Menelau e o deus Proteus, cujo poder residia na possibilidade de assumir a cada momento uma figura diversa. Assim, são as cláusulas gerais, pois, segundo o ângulo de análise do estudioso, assumem uma significação diversa.

Um exame mais aprofundado demonstra que traz uma longa lista de problemas centrais à teoria do direito e à dogmática jurídica, da qual pode-se citar como exemplo as conexões que ligam as cláusulas gerais à teoria das fontes de produção jurídica e à metodologia da ciência do direito, porque elas constituem o meio hábil para ingresso no ordenamento jurídico de princípios valorativos, expressos ou ainda não expressos legislativamente, de STANDARDS, de máximas de conduta, de arquétipos de comportamento, normas constitucionais, e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo.

⁴⁸ ÁVILA, Humberto. Op. cit.. p. 47.

⁴⁹ Ibid., p. 53

⁵⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no direito privado sistema e tópica no processo obrigacional*. 2000. p. 273

Para Judith Martins Costa, através do termo “cláusula geral” costuma-se designar não só determinada técnica legislativa, quanto certas normas jurídicas que, neste caso, devem ser entendidas como normas que contêm uma cláusula geral. Aduz ainda que é possível aludir, mediante o mesmo termo, às normas produzidas por uma cláusula geral.

Costuma-se elencar como origem para as cláusulas gerais o artigo § 242⁵¹ do Código Civil Alemão. Franz Wieacker⁵², no § 24 no tópico “do positivismo científico ao positivismo legalista”, relata as razões históricas em decorrência das quais houve a transição da ciência para a legislação, o que representaria um avanço das liberdades civis e a construção do Estado nacional, ao tratar dos pressupostos gerais do movimento da codificação do fim do século XIX, em especial na Alemanha visto que a ciência jurídica alemã do século XIX dominou o direito privado de seu tempo em consequência da dogmática do direito comum ter de fazer às vezes de um código de direito privado comum a toda a Alemanha.

As codificações não estão ligadas apenas ao fenômeno de um Estado unificado, mas também a certos pressupostos culturais e concepções axiológicas no plano social e econômico de natureza coerente. Nogueira⁵³, relata que Wieacker, nesse ponto refere-se aos movimentos de unificação nacional da burguesia liberal como os adeptos mais fervorosos da codificação e relata que os códigos desta época, aparentemente tão abstratos, são filhos da união da sociedade burguesa com os Estados nacionais. Por isso, a imagem do direito nos códigos civis é de uma sociedade unitária e igualitária, subordinada aos princípios da liberdade de propriedade e da liberdade contratual.⁵⁴

Wieacker vai apresentando o desenrolar do processo de codificação alemã com o envolvimento de juízes e professores na busca de um código de obrigações comum a toda a Alemanha, iniciado em 1.861, não teve sucesso. Entretanto, apesar desse insucesso e de outros, como o da elaboração da organização judiciária no âmbito do processo civil, contribuíram para o primeiro projeto do BGB (Bürgerliches Gesetzbuch).

Conforme Wieacker, os pressupostos espirituais e sociais da época em que surge a codificação exprimem-se de forma característica da lei, seja ela interna ou externa. Ele ordena

⁵¹ O devedor deve cumprir a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico jurídico.

⁵² WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2010. p. 524

⁵³ NOGUEIRA, Nilza Aparecida Ramos. *Cláusulas abertas na lei processual e discricionariedade judicial*. 2013. p. 40

⁵⁴ WIEACKER. Op. cit. p. 528

em princípio o seu sistema não segundo as organizações espontâneas da vida social, mas pelas formas de manifestação conceituais do direito subjetivo: relações de crédito, direitos reais, direitos pessoais. Aduz ainda que o BGB correspondeu ao ideal positivista da plenitude e da estrita vinculação do juiz à lei.

Relata Wieacker que através de uma estrutura conceitual rigorosa e de uma renúncia quase total à casuística, o BGB, obtém de uma só vez a sua famosa clareza e coerência. Ele antepôs, como na álgebra, a expressão entre parênteses os caracteres conceituais gerais da relação jurídica nas suas duas partes gerais (livro, I e II). Mas, essa ordenação não é feliz, pois o que se ganha em abstração, perde-se na sua maior parte na inevitável inacessibilidade das regras gerais e na necessidade de uma ulterior regulamentação especial.

O legislador conseguiu afastar-se em outros casos da tormentosa escolha entre uma abstração empobrecedora e uma casuística acanhada através das *chamadas cláusulas gerais*, isto é, através de linhas de orientação, que, dirigidas ao juiz, o vinculam e, ao mesmo tempo, lhe dão liberdade. As cláusulas gerais constituem uma notável e muitas vezes elogiada concessão do positivismo à auto responsabilidade dos juízes e a uma ética social transpositiva, cujo padrão propulsor para o legislador foi constituído pela organização dada pelo praetor romano ao *judex* para determinar o conteúdo da decisão de acordo com a *bona fides*.⁵⁵

Desta forma, desde o início do século XX o § 242 do BGB, código civil alemão, é o mais célebre exemplo de cláusula geral.

Menezes Cordeiro⁵⁶ diz que o BGB nesse artigo e em mais outros 4, refere-se à boa fé objetiva (*Treu und Glauben*). Esta boa-fé objetiva é caracterizada pela honestidade de propósito, dever de correção, consideração para com os interesses da parte adversa e na lealdade.

A doutrina a considera como “a cláusula geral por excelência” irradiando efeitos não só no direito das obrigações, mas também em todo o direito privado.

Nogueira⁵⁷ relata que o surgimento das cláusulas gerais deu-se em razão de problemas econômicos surgidos da primeira guerra mundial. O judiciário foi chamado a intervir para equilibrar as relações contratuais surgidas em decorrência da hiperinflação (de 1914 a

⁵⁵ WIEACKER, op. cit. p. 545-546

⁵⁶ CORDEIRO, Antonio Menezes. *Da Boa-Fé no direito civil*. 2011. p. 325

⁵⁷ NOGUEIRA, op. cit. p. 41

1923, com ápice em dezembro de 1923) que ocorreu na época. A solução jurídica apta a afastar tal desequilíbrio foi encontrada em três dispositivos do *BGB*, notadamente, nos parágrafos 138, 242 e 826, cuja característica central é a de autorizar explicitamente o uso de ideias morais como boa-fé e bons costumes.

Entende Martins-Costa que para os redatores do *BGB*, as cláusulas gerais não tinham como objetivo atribuir aos juízes poderes de criação normativa similar aos do *praetor* romano. Entretanto, a utilização destas mostrou-se frutífera na jurisprudência alemã do pós-guerra como forma de permitir a construção ou desenvolvimento no direito obrigacional dos casos de *exceptio doli*, da inalegabilidade de nulidades formais, de culpa na formação dos contratos (*culpa in contrahendo*), de abuso da posição jurídica, de modificação das obrigações contratuais por alteração superveniente das circunstâncias.⁵⁸

Para Perlingieri⁵⁹ legislar por cláusulas gerais significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato. Exemplifica com os conceitos de ordem pública, equidade, diligência, lealdade no adimplemento, todos previstos no código civil italiano.

Também podem ser lembrados os artigos 1337 do Código Civil Italiano (*Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*) e o artigo 239 do Código Civil Português.

Relata Judith Martins-Costa que as cláusulas gerais além de conterem uma variedade imensa de conteúdos, podem ser de três tipos: (a) do tipo restritivo onde opera contra uma série de permissões singulares, delimitando-as, (b) do tipo regulativo, regulando através de um princípio um vasto domínio de casos como, por exemplo, na responsabilidade por culpa, e (c) do tipo executivo como forma de ampliar uma determinada regulação através da possibilidade de serem introduzidos princípios e regras dispersas em outros textos, como por exemplo do Código do Consumidor.

Cláusulas gerais são normas com conteúdo indeterminado propositadamente efetuado pelos legisladores, com o propósito de adaptar um sistema jurídico com normas de conteúdo rígido a uma realidade em rápida transformação propiciando respostas mais ágeis para solução dos conflitos sociais, sem que haja necessidade de intervenção do legislador para tal fim.

⁵⁸ Op.cit. p. 292

⁵⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2007, p. 27

Alberto Gosson Jorge Junior⁶⁰ conclui que são enunciados normativos dotados de razoável extensão, pois se aplicam a uma gama generalizada de fatos sociais caracterizados por um elevado teor valorativo (o elemento axiológico é preponderante: boa-fé, probidade, função social) e que na maioria das vezes se utilizam de conceitos jurídicos indeterminados tais como estado de perigo, justa causa, mau procedimento, diligência de vida, etc..

São salientadas no código civil brasileiro, as seguintes cláusulas gerais: boa-fé, abuso do direito, enriquecimento sem causa, função social do contrato, dano moral, função social da propriedade, interferências prejudiciais no direito de vizinhança, responsabilidade civil – culpa e risco, sem prejuízo de outras que venham a ser identificadas pela doutrina e pela jurisprudência enfatizando-se o caráter enunciativo do rol.

Esta generalidade do enunciado normativo é uma das características das cláusulas gerais.

O problema da identificação e da definição das cláusulas gerais está relacionado à múltipla caracterização dessas normas, que muitas vezes são definidas pelo aspecto da generalidade, e outras vezes pela indeterminação de seus conceitos, ou pela remissão do intérprete a valores atualizáveis no contexto histórico.

Tais valores nem sempre estão explícitos na norma e algumas vezes também não são encontrados no sistema jurídico, e alguns doutrinadores salientam ainda que a cláusula geral envia a valores fora do sistema.

Assim, as cláusulas gerais propiciam o sistema com normas com características de mobilidade propiciando ao sistema jurídico a mobilidade necessária para enfrentar situações cambiantes.

Dessa forma, as cláusulas gerais funcionarão como elementos de conexão entre as regras presentes no interior do sistema jurídico e, para alguns autores, caracterizar-se-iam por uma função bem mais ampla, que é a de propiciar o ingresso de valores situados fora do sistema jurídico e que podem, através das cláusulas gerais, vir a ser nele introduzidas pela atividade jurisdicional.

⁶⁰ JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo código civil*. Saraiva. 2004. p. XVII

Alberto Gosson⁶¹ citando Judith Martins-Costa, diz que as “cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressivos legislativamente, de STANDARDS, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo”.

Estas normas (cláusulas gerais) constroem a hipótese legal com o uso de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente imprecisos e abertos; os chamados conceitos jurídicos indeterminados. Em outros casos, ao invés de traçar a hipótese e as suas consequências, a norma é intencionalmente desenhada como uma vaga moldura, permitindo, pela sua abrangência, a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificados, bem como a constante formulação de novas normas.

Alberto Gosson⁶² transcrevendo Karl Larenz cita que “existem também princípios que, condensados numa regra imediatamente aplicável, não só são *ratio legis*, mas, em si próprios, *Lex*. Denomina-os de “princípios com forma de proposição jurídica”. Em contraposição a estes, poderíamos denominar os princípios que não têm caráter de norma, de “princípios abertos”, ressaltando que a distinção não deve ser encarada rigidamente.

No novo código civil brasileiro diante da ausência de uma formulação típica para as cláusulas gerais, cabe à doutrina e particularmente à jurisprudência, a identificação destas.

Apenas a título exemplificativo, citamos a cláusula geral da boa-fé estatuída no artigo 422 que trata da boa-fé objetiva, o do artigo 187 que introduz a concepção do abuso do direito, o a do artigo 421 que trata da função social do contrato, do artigo 1.625 que trata do melhor interesse da criança, a do artigo 424 que trata da nulidade das cláusulas dos contratos de adesão, a do artigo 944 que trata da extensão do dano como medida de indenização, etc.

2.3.2 Distinção entre cláusulas gerais e princípios jurídicos

Como bem lembra Judith Martins-Costa⁶³, embora haja respeitável doutrina⁶⁴ que entenda inexistir distinção entre cláusula geral e princípios, entende, a citada autora com a qual

⁶¹ JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo código civil*. p.40

⁶² *Ibid.*, p. 20

⁶³ *Op. cit.* p. 315

⁶⁴ Refere-se à posição de Ruy Rosado de Aguiar

concordamos, que entre princípios e cláusulas gerais ocorre a equiparação devido à extrema polissemia que ataca o termo princípios e que embora as cláusulas gerais não sejam princípios, na maior parte dos casos os contenham em seu enunciado ou permitam a sua formulação.

O conceito de princípio é polêmico e polissêmico e em sua raiz estão a determinação de sua natureza, os modelos linguísticos e a delimitação de suas funções. Necessário é pois, esclarecer as diferentes acepções do termo.

Aparício⁶⁵ citando Genaro Carrió diz que o conceito de princípio jurídico está vinculado a pelo menos 7 acepções, a saber: (1) ideia de núcleo básico ou característica central de algo, (2) de regra, guia, orientação ou indicação, (3) de origem ou causa geradora, (4) noções de finalidade, objetivo, propósito ou meta, com ideias de premissa ou axioma, (5) verdade teórica postulada como evidente, (6) com o sentido de verdade ética inquestionável, (7) ideias de máxima, aforisma, provérbio ou peça de sabedoria prática que nos vem do passado e que traz consigo o valor da experiência acumulada e o prestígio da tradição⁶⁶ A palavra “princípios” pode ainda significar determinados traços de uma determinada ordem jurídica, por exemplo o princípio da supremacia da lei escrita, bem como expressar a *ratio legis* de uma determinada disposição legislativa.

Judith Martins-Costa⁶⁷ relata que a polissemia do termo princípio também ocorre no direito comparado equiparando-se às vezes os termos princípio, norma e regra e, por vezes, os mesmos são distintos.

Esclarece que a confusão entre princípio jurídico e cláusula geral decorre do fato de uma norma que configure cláusula geral conter um princípio, reenviando ao valor que este exprime, como ocorre no § 242 do *BGB*. Nesse caso, pode-se dizer que a norma é ao mesmo tempo princípio e cláusula geral.

Relata que não se pode afirmar que cláusulas gerais e princípios são o mesmo, se tomada a expressão princípio jurídico em toda a sua extensão. Afirma que tanto as cláusulas gerais como os princípios podem ser atribuídos uma vagueza semântica, mas que esta pode ser observada em qualquer termo ou expressão constituindo antes uma questão de grau do que de características. Acentua que boa parte da incerteza é devida à confusão entre o

⁶⁵ APARICIO, Márcia de Oliveira Ferreira. *Cláusulas gerais: A incompletude Satisfatória do Sistema*. In LOTUFO, Renan Coord. *Sistema e Tópica na interpretação do ordenamento*. 2006. p. 20

⁶⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit. p. 316

⁶⁷ Op. cit. p. 317-324

sintagma, cláusula geral, e o enunciado, com a proposição normativa contida num texto que consubstancia a cláusula geral. Cita como exemplo o princípio da boa-fé inscrito no § 242 do BGB e na *cláusula geral da boa-fé* desenhada no mesmo texto legislativo, como se poderia falar no conceito juridicamente indeterminado revelado na expressão linguística boa-fé.

As cláusulas gerais carregam princípios e valores e neste caso pode-se vislumbrar cumulativamente em uma só norma, princípio e cláusula geral. Entretanto, os conceitos ainda que coincidam em algum momento, são diversos.

Não pode haver cláusulas gerais não-expressas ou implícitas. Há cláusulas gerais que não contêm princípios, mas apenas referem-se a princípios e valores.

É da natureza da cláusula geral o seu reenvio dentro do ordenamento a outros conceitos que não os dos princípios e mesmo a valores extrajurídicos e extra-sistêmicos..⁶⁸

2.3.3 A dignidade da pessoa humana como cláusula geral

Leonardo Zanini⁶⁹, entende que as cláusulas gerais podem inserir no corpo legislativo um princípio tornando-o expresso, como é o caso do artigo 1º, Inc. III da Constituição Federal, sem que isso implique que toda cláusula geral encerre um princípio, nem que princípios e cláusulas gerais sejam a mesma coisa.

Já vimos que essa confusão decorre do fato de que geralmente os princípios contêm noções imprecisas por estarem imbuídos de valores e enunciados em termos vagos, como ocorre com as cláusulas gerais.

No caso, entende que o disposto no artigo 1º, Inc. III da CF é ao mesmo tempo um princípio e uma cláusula geral.

Zanini entende que a cláusula geral da dignidade da pessoa humana permite ao operador do direito a proteção no caso concreto, quando em casos de interesse existencial da pessoa não for tutelado.

⁶⁸ APARICIO. Op. cit. p. 21

⁶⁹ ZANINI, Leonardo Estevam De Assis. *Direitos da personalidade*. 2011. .p. 88

Alerta, no entanto, que deva ser restringido às manifestações essenciais da personalidade humana não devendo ser utilizada como solução para todo e qualquer problema jurídico sob pena de sua banalização e conseqüente enfraquecimento.

2.3.4 Distinção entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados

Engisch⁷⁰⁷¹ entende por conceito jurídico indeterminado um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos. São assim chamados porque seu conteúdo é mais indeterminado que os dos conceitos jurídicos determinados. Entende que os conceitos absolutamente determinados são muito raros no Direito e cita como exemplos: 50 km, prazo de 24 horas e 100 marcos. Relata que os conceitos jurídicos são predominantemente indeterminados, pelo menos em parte e cita como exemplo os conceitos naturalísticos recebidos pelo direito como os de escuridão, sossego noturno, ruído e perigo e, os conceitos propriamente jurídicos como os de assassinato, crime, negócio jurídico, casa particular, etc.

Entre os conceitos jurídicos indeterminados encontram-se os conceitos normativos que se contrapõem aos descritivos. Estes, designam os objetos reais que de certa forma participam da realidade como, por exemplo, patrimônio. Já os normativos, são uma classe especial dos conceitos indeterminados que são os conceitos que necessitam de um preenchimento valorativo, caso a caso como, por exemplo, justa causa, boa-fé. Os normativos exigem valoração e com isso complicam a tarefa de distinção.

Judith Martins-Costa alerta que distinguir-se princípios de cláusulas gerais é uma árdua tarefa, não menos difícil será a distinção entre estas e conceitos jurídicos indeterminados, embora haja vozes dissonantes quanto a esta distinção englobando-as na categoria de normas vagas socialmente típicas. A razão para isto é que ambas apresentam alto grau de vagueza semântica e o reenvio a STANDARDS valorativos extra-sistêmicos.

Pode-se efetuar uma classificação dos conceitos jurídicos indeterminados pela sua subdivisão entre aqueles que aludem a *valores* e aqueles que se referenciam a *realidades fáticas*.

Para entender o conceito de “realidades fáticas” nos socorremos ao código civil brasileiro que contempla uma imensa variedade de conceitos formados por termos ou expressões indeterminadas como, por exemplo, as “coisas necessárias à economia doméstica”

⁷⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*. 2004. p. 3

⁷¹ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 2008, p. 208-209

que a mulher presume autorizada a comprar nos termos do artigo 247, I, ou ao termo “reparações urgentes” do artigo 1.205, caput, ou ainda ao termo “animais bravios” do artigo 593, I, e ainda “lugar de acesso perigoso ou difícil” do artigo 973, III. Podemos citar ainda como exemplo o artigo 1.011 que prescreve “o administrador da sociedade deverá ter no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus negócios. O conceito “cuidado e diligência”, “ativo e probo” são conceitos jurídicos indeterminado

O exato significado dos termos acima não será obtido, como nas cláusulas gerais, pelo reenvio as instâncias valorativas meta ou extrajudiciais, mas, sim, obtidas com base nas regras de experiência, às quais o juiz deve recorrer, por força do Art. 335 Código de Processo Civil, podendo ou não recorrer ao auxílio de peritos, conforme o caso.

Mas, o código também contém conceitos que se reportam a realidades valorativas de conteúdo axiológico. É em relação a este grupo de conceitos indeterminados que reside o cerne da questão entre a distinção de cláusulas gerais.

Os conceitos formados por termos indeterminados integram a descrição do fato. Por isso o aplicador do direito deverá averiguar quais são as conotações adequadas e as concepções éticas vigentes para determiná-las de forma apta. Reforça Martins Costa que o caso aqui é de subsunção. Não haverá por parte do juiz criação do direito, mas apenas interpretação.

Para Judith Martins-Costa⁷², embora a cláusula geral contenha termos indeterminados, a coincidência não é perfeita, pois a cláusula geral exige que o juiz concorra ativamente para a formulação da norma, ao passo que nos conceitos indeterminados o juiz limita-se a reportar ao fato concreto o elemento indicado na *fattispecie*. Na cláusula geral, a operação intelectual do juiz é mais complexa, devendo além de averiguar a possibilidade de subsunção de uma série de casos-limites na *fattispecie*, averiguar a exata individualidade das mutáveis regras sociais as quais o envia a metanorma jurídica.

Clarificando a conceituação, Nogueira, expõe que a cláusula geral não tem previsão da consequência legal, o que permite ao juiz ir mais adiante em sua atividade, pois ele deve determinar os efeitos e as consequências práticas na concretização destas. Já nos conceitos jurídicos indeterminados, cabe a ele apenas a determinação do conceito, visto que a norma já

⁷² Op. cit. p. 326

apresenta as consequências e os efeitos incidentes no caso concreto da aplicação do dispositivo.⁷³

Também nesse sentido manifesta-se Nelson Nery, para o qual a distinção entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados se dá pela finalidade e eficácia, uma vez que os conceitos jurídicos indeterminados já têm sua solução preestabelecida pela lei, cabendo ao juiz aplicar tal solução. Já nas cláusulas gerais, o juiz preenche os claros com os valores designados para que se dê a solução que lhe parecer correta, dando aos conceitos legais indeterminados uma determinabilidade pela função que têm de exercer.⁷⁴

⁷³ NOGUEIRA, op. cit. p. 48

⁷⁴ NOGUEIRA, op. cit. p. 51

3 Direitos fundamentais

Não pretendemos adentrar nas teorias do direito fundamental, mas apenas estabelecermos os pontos necessários para o desenvolvimento do tema proposto, visto que os direitos fundamentais são o exemplo mais claro de princípios que temos no ordenamento jurídico.

O direito fundamental apresenta um plano formal e outro material. Pelo primeiro consta elencado dentro da norma suprema. Pelo segundo traduzem-se como componentes estruturais básicos tanto do conjunto do ordenamento jurídico quanto do objetivo comum pertinente a cada um dos ramos que o integram, visto que são a expressão jurídica de um sistema de valores que, informam o conjunto e a organização jurídica e política de um Estado.⁷⁵

Isso leva ao entendimento de uma delimitação do âmbito de proteção ao desenvolvimento das pessoas frente à intromissão por parte dos poderes públicos é até mesmo por outros particulares em sua esfera privada, que será oportunamente tratada nos tópicos a seguir.

Alexy⁷⁶ ao tratar da questão da norma de direito fundamental e o conceito de direito fundamental, esclarece:

“Entre o conceito de norma de direito fundamental e o conceito de direito fundamental há estreita conexão. Mas essa conexão não impede que se possa diferenciar entre norma de direito fundamental e direito fundamental.

Sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito. A recíproca já é duvidosa. Ela não é verdadeira quando há normas de direito fundamentais que não outorgam direitos subjetivos.

Direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais seriam, assim, sempre dois lados da mesma moeda.”

Mas, para uma teoria relacionada ao direito positivo isso não é recomendável, porque aos direitos fundamentais são atribuídas normas às quais não correspondem diretamente

⁷⁵ FILHO, Ruy Alves Henrique. *Direitos fundamentais e processo*. 2008. p. 44

⁷⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2008. p. 50

nenhum direito subjetivo. Se isto é ou não correto, é uma questão de interpretação do direito positivo.

Uma definição onde consideram-se normas de direito fundamentais, somente normas que outorguem direitos subjetivos poderia ter como consequência a existência de normas ainda que estabelecida por direitos fundamentais, que não poderiam ser chamadas de normas de direito fundamental.

Por isso, recomenda-se, tratar o conceito de norma de direito fundamental, como um conceito que pode ser mais amplo que o conceito de direito fundamental.

3.1 O caráter dúplice dos direitos fundamentais

Conforme anteriormente visto, Alexy entende que existe uma estreita conexão entre norma de direito fundamental e o conceito de direito fundamental. Mas também entende que deve-se tratar o conceito de norma de direito fundamental como um conceito mais amplo do que o conceito de direito fundamental.

Ruy Alves⁷⁷ citando os trabalhos de Cristina Queiroz, fundamentado nos trabalhos de Dworkin e Müller, entende que a inclusão da norma constitucional derivada do diálogo entre os três poderes, representa que os direitos fundamentais apresentam-se como normas ou como princípios.

Acentua Alexy que as normas de direitos fundamentais são caracterizadas como princípios quando se fala em valores, objetivos, fórmulas abreviadas ou regras sobre ônus argumentativo. A referência como regras ocorre quando se afirma que a Constituição deve ser levada a sério como lei, ou quando se aponta para a possibilidade de fundamentação dedutiva no âmbito dos direitos fundamentais.⁷⁸

Afirma Alexy⁷⁹ que as normas de direitos fundamentais adquirem caráter duplo, quando construídas de forma que ambos os níveis sejam nela reunidas e que isto surge quando nela é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios, que, por isso, está sujeita a sopesamento.

⁷⁷ FILHO, Ruy Alves Henrique, op. cit. p. 194

⁷⁸ ALEXY, Robert, op. cit. p. 86

⁷⁹ Op. cit. p. 141

É nesse sentido que se fala do caráter duplo dos direitos constitucionais fundamentais, seja como direitos-liberdades subjetivos, seja no papel de normas-princípios objetivos.

Uma vez entendido o comportamento das normas de direito fundamental necessita-se verificar eficácia das mesmas em relação aos particulares, que será tratada no item 4.3

3.2 Dupla dimensão dos direitos fundamentais

Novais⁸⁰, tratando de direitos fundamentais, expõe que na “atribuição de um significado jurídico às relações entre Estado e cidadão em termos de vinculação dos poderes constituídos pelos direitos fundamentais, a qualificação jurídica que se sugere para a restrição de direitos fundamentais, será a de sua compreensão como constituindo uma compressão ou amputação de faculdades integrantes de uma posição jurídica subjetiva reconduzível à categoria de direito subjetivo.”

Alerta para o fato de que mesmo sem considerar as questões suscitadas pelo conceito de direito subjetivo, esta categoria não esgota estruturalmente o conceito de direito fundamental.

Relata que desenvolveu-se nos estados democráticos e sociais pós-guerra a noção de que para além de sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais constituem no seu conjunto um sistema ou ordem subjetiva de valores que legitima a ordem jurídico-constitucional do Estado que irradia uma força expansiva a todos os ramos do Direito.

Devido a isso é que a doutrina admite uma dupla dimensão dos direitos fundamentais, ou seja, uma dimensão subjetiva e outra objetiva, que iremos tratar brevemente.

Um dos efeitos mais importantes devido à dimensão objetiva é que na medida em que estabelecem uma ordem objetiva, as normas de direito fundamental têm uma força expansiva a toda ordem jurídica que se dirige ao poder público, à Administração, ao legislador e ao poder judicial impulsos e diretivas de atuação.

Esta posição teve como base jurisprudencial mais relevante a sentença no caso Lúth (que iremos abordar mais a frente) pelo Tribunal Constitucional Alemão em 1958, onde este, reconhece um conteúdo jurídico-objetivo irradiando a toda ordem jurídica que acrescenta a

⁸⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2010. p. 57

direção vertical – Estado/cidadão, uma eficácia horizontal nas relações jurídicas entre particulares.⁸¹

O efeito da irradiação reflete-se na denominada teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Embora a dimensão objetiva tenha um certo peso, é sobre a dimensão subjetiva que se concentra a maioria das abordagens a respeito dos direitos fundamentais, não só pela sua perspectiva histórica como direitos dos homens, como também e especialmente nos dias de hoje como garantias jurídicas da liberdade e autodeterminação individual.

A representação dos direitos fundamentais como uma esfera personalizável juridicamente protegida frente ao Estado é reconhecida nos Estados de Direito, mas traz consequências jurídicas práticas quando se trata de apurar se as pretensões individuais podem ser configuradas como direitos subjetivos ou não.

Alexy, em caso de dúvida, considera que as exigências de garantia do interesse protegido pela norma jusfundamental determinam o reconhecimento *prima facie* de um direito subjetivo, competindo a opinião contrária, o ônus da argumentação, ao ver uma proteção do interesse individual⁸²

Reforça Novais⁸³ dizendo que “é essa dimensão (subjetiva) que resulta do reconhecimento pela ordem jurídica da realização dos interesses particulares protegidos pela norma de direito fundamental que justifica e desencadeia os mecanismos diversificados de tutela da autonomia e que faz do seu titular, face ao Estado, o sujeito de Direito e de direitos em torno do qual se constrói todo o sistema de direitos fundamentais nos Estados de Direito”.

3.3 Eficácia dos direitos fundamentais

Não trataremos da denominada eficácia vertical, pois esta vincula o legislador infraconstitucional fazendo com que este providencie normas conforme a Constituição.

Interessa-nos a chamada eficácia horizontal, porque esta ocorre entre os particulares que em tese estão na mesma hierarquia.

⁸¹ Op. cit. p. 80

⁸² NOVAIS, op. cit. p. 96

⁸³ Op.cit. p. 100

Esta também é denominada de eficácia privada ou de eficácia em relação a terceiro.

Alexy⁸⁴ esclarece que como as normas de direito fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão é um problema de construção e, o problema de saber em que extensão elas o fazem, é um problema de colisão. Expõe que existem 3 teorias sobre o problema da construção, a saber:

1 – teoria dos efeitos indiretos perante terceiros.

Os direitos fundamentais enquanto decisões axiológicas, normas objetivas ou valores constitucionais, ou seja, como princípios objetivos influenciam a interpretação do direito privado, principalmente através da utilização das cláusulas gerais do direito privado. Alguns doutrinadores também a denominam de eficácia mediata

2 – teoria dos efeitos diretos sobre terceiros

Tem em Nipperdey um de seus principais representantes. Para estes, os direitos fundamentais são entendidos no seu sentido clássico como direitos públicos subjetivos dirigindo-se somente contra o Estado.

Entendem que a influência das normas de direito fundamentais decorre da sua característica como direito constitucional objetivo e vinculante porque fluem também diretamente direitos subjetivos privados para os indivíduos.

Doutrinadores também a denominam de teoria da eficácia imediata

3 – Como consequência da vinculação do Estado aos direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos

Com base numa teoria desenvolvida por Schabbe que considera como direitos de *status* negativo dirigido contra o Estado. Entretanto, apesar de considerar que é insustentável a teoria da imputação de violações particulares ao Estado, considera que não é de todo perdível a construção de uma concepção dos efeitos perante terceiros baseado em direitos em face do Estado.

Segundo Alexy, essas três teorias têm extensões diversas. A baseada em efeitos indiretos tem como destinatário o juiz, a dos efeitos perante terceiros, mediada por direitos em

⁸⁴ Ibidem. p. 528

face do Estado destina-se tanto ao legislador quanto ao juiz e, a baseada em efeitos indiretos dirige-se primariamente ao Judiciário.

Entende ainda Alexy que todas elas levam em conta que na relação cidadão/cidadão ambos os lados são detentores de direitos fundamentais, e a medida dos efeitos é no final uma questão de sopesamento.

Segundo Ruy Alves⁸⁵ José Afonso da Silva, que distingue entre normas de eficácia plena, eficácia contida e eficácia limitada, anota posição mais ponderada visto que a eficácia e aplicabilidade das normas que contêm direitos fundamentais dependem de seu enunciado e aquelas que definem direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Também os direitos fundamentais democráticos e individuais seriam de eficácia contida e aplicabilidade imediata. Já os relativos a direitos econômicos e sociais seriam de eficácia limitada com tendência para aplicação indireta.

Elas serão analisadas com um pouco mais de profundidade no tópico vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a seguir.

3.3.1 Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais

Atualmente verifica-se uma expansão dos direitos fundamentais em várias direções levando-nos à convicção de que a tutela dos direitos fundamentais não seria completa se não prestigiasse os ataques advindos de sujeitos privados, do Estado quando atuante como elemento privado e mais recentemente de poderosas entidades privadas.

Nesse sentido bem observa Sarlet⁸⁶, os direitos fundamentais são constantemente violados e ameaçados na esfera das relações privadas e no caso de países periféricos, como o Brasil, marcados por grandes contrastes econômicos, sociais e culturais, com maior intensidade.

Canaris⁸⁷ relata que para o cidadão, as leis de direito privado podem ter efeitos ofensivos semelhantes aos das leis de direito público.

⁸⁵ Op.cit.p. 90

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A influência dos direitos fundamentais no direito privado: notas sobre a evolução brasileira*. In GRUNDMANN, Stefan et al. Coord. *Direito Privado, Constituição e Fronteiras*. 2014. p. 69

⁸⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. 2009. p. 21

A questão aqui tratada adquire dimensão internacional pois, o tema não só é tratado nos países da Common Law, como por exemplo, através do comparativista inglês Markesinis – *constitutionalisation of private Law*”, e da “*state action doctrine*” nos Estados Unidos, como também nos países de Europa Continental como Itália, Suíça, esta, última através do Tribunal Federal que reconheceu a eficácia indireta em relação a terceiros.⁸⁸

Mac Crorie⁸⁹ expõe que a concepção unidirecional dos direitos de liberdade oponíveis aos poderes públicos surgiram no Estado Liberal para salvaguardar a liberdade individual frente à sua principal ameaça: o Estado.

Os direitos fundamentais constituíam liberdades negativas, pois implicavam deveres de omissão por parte do Estado, tendo como única finalidade proteger a sociedade contra a intromissão do poder político.

Conclui Mac Crorie⁹⁰ que a aceitação da vigência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares pressupõe a negação (ou pelo menos uma profunda revisão) da tradicional concepção desses direitos como oponíveis unicamente frente às entidades públicas.

Por isso, a ideia de alguns autores de que os direitos fundamentais não regem a ordem privada, fundou-se numa interpretação da função histórica desses direitos, o que é discutível, visto que essa assertiva não está totalmente correta.

Jónatas Machado⁹¹ citado por Mac Crorie “considera que mais antiga que os direitos fundamentais é a garantia dos direitos fundamentais frente aos particulares através e por meio do Estado”. Para este autor, segundo a filosofia contratualista, dever-se-ia inverter os termos, pois “os direitos do homem preexistem ao Estado e este nasce para sua defesa, de maneira que àqueles valem, originariamente, frente aos outros homens e apenas derivadamente frente ao Estado que, pela sua parte, não deve apenas reconhecer os limites que os anteriores opõem à sua ação, como também protegê-los frente a quem os possa violar”.

Para Mac Crorie, a relevância dos direitos fundamentais nas relações entre particulares começou a ser negada no entendimento liberal tradicional devido ao fato de que a

⁸⁸ CANARIS, op. cit. p. 21

⁸⁹ MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. 2005, p. 14

⁹⁰ Op. cit. p. 14

⁹¹ MACHADO, Jónatas. *Liberdade Religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. p. 253, nota 833 apud Mac Crorie, op. cit. p. 15

afirmação da liberdade e da igualdade perante a lei seria suficiente para resolver o problema da proteção dos direitos fundamentais.

No mesmo sentido, Fachin⁹², entende que os direitos fundamentais eram exercidos contra entes que se encontravam em uma posição de superioridade em relação aos titulares do direito a eles subordinado, os quais, pretensamente não seriam de subordinação, mas sim de igualdade jurídica.

Entretanto, à medida em que se verificou que não se está perante uma sociedade de homens iguais, viu-se a necessidade de estender tal proteção às próprias relações de direito privado.

Também a passagem para o Estado Social obriga-nos a repensar a função e o lugar dos direitos fundamentais que deixam de ser meros limites ao exercício do poder político para se tornarem num conjunto de valores que obrigam também a sociedade civil, que o Estado deve fazer respeitar em todas as relações, quer sejam públicas ou privadas.

Por outro lado, inegavelmente há cada vez mais instituições e organizações que se situam nos limites entre o público e o privado, não se esquecendo de poderosas organizações privadas que se encontram por razões econômicas ou sociais em uma posição dominante que condiciona a decisão da parte mais fraca.

Apesar da noção de direitos fundamentais ter sua origem na garantia de liberdades do indivíduo frente ao Estado com eficácia vertical, o processo histórico acabou por alargar o espectro e o campo de eficácia desses direitos⁹³ superando-se a concepção oitocentista para o qual tinham relevância constitucional apenas as relações estabelecidas entre os cidadãos e o Estado.⁹⁴

Mac Crorie relata que o primeiro país de tradição continental a seguir esse caminho foi a Alemanha, a partir da década de 50 e foi ali que começaram a ouvir-se vozes defendendo a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais ainda que com modalidades e condições de aplicação diferentes, isso porque, segundo a autora, na Constituição de Weimar os direitos fundamentais eram em grande parte simples normas programáticas e diretivas para o

⁹² FACHIN, Luiz Edson; RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica*. 2010. p. 98

⁹³ FACHIN, op.cit. p. 98

⁹⁴ MAC CRORIE, op. cit. p. 19

legislador não fundando nenhum direito objetivo e que somente a partir da *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (GG) o ordenamento jurídico alemão está pronto perante uma Constituição Normativa e de uma garantia processual dos direitos fundamentais.⁹⁵

A propósito, Sarlet⁹⁶, relata que os primeiros esforços para o tratamento do tema no Brasil foram empreendidos basicamente por alguns autores do direito privado e que a doutrina constitucionalista somente algum tempo depois é que passou a ocupar detidamente da matéria, enquanto que o direito privado priorizou a perspectiva de um direito civil constitucional a partir de uma interpretação conforme a Constituição (CF 1988).

Sombra, com propriedade, relata que nos modernos Estados Sociais Democráticos de Direito, poucos negam a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e os que negam fazem amparados por conceitos antiquados sobre Estado, sociedade, dicotomia público e privado e, sobretudo, em decorrência de um apego exclusivista e desmesurado a uma clássica e ultrapassada concepção de direitos fundamentais.⁹⁷

Mac Crorie entende que os que negam esta relevância, o fazem por entenderem que as ameaças advindas dos particulares resolvem-se através das leis civis e leis penais e não na Constituição, que se limita a traçar os limites que o poder público não pode ultrapassar. Têm como principal argumento a degradação da autonomia privada.⁹⁸

Segundo Sombra⁹⁹, o grande debate entre constitucionalistas e privatistas resume-se em saber como, e em que medida incidem os direitos fundamentais nas relações entre particulares sem que o núcleo essencial da autonomia privada ou de outro direito fundamental seja afetado.

A respeito dessa bipolarização do problema, Alexy¹⁰⁰ diz que o que é polêmico, é como e, em que extensão elas o fazem. A questão sobre como as normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão diz respeito a um problema de construção e a questão sobre em que extensão elas o fazem é uma questão que expressa um problema substancial, a saber, um problema de colisão.

⁹⁵ Op. cit. p. 19. Nota de rodapé 46

⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira*. In SARLET, Ingo Wolfgang. Org. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2010. p. 14

⁹⁷ SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. 2011. p. 46

⁹⁸ MAC CRORIE, op. cit. p. 21

⁹⁹ Op.cit. p. 46

¹⁰⁰ Op. cit. p. 528

Relata-nos Sombra¹⁰¹ que a teoria da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares ou *Drittwirkung* – como conhecida na Alemanha – alcançou significativa expressão em todos os países europeus sob as denominações de “eficácia privada ou externa”, “eficácia horizontal” e, eficácia em relação a terceiros ou *Drittwirkung*.

Segundo Sombra, a expressão “eficácia horizontal” tem da doutrina espanhola e portuguesa profundas objeções, pois nada diz quanto à intensidade desses efeitos, nem quanto aos seus destinatários e quem outras prevenções tal expressão poderia levar a um entendimento totalitário dos direitos fundamentais.

Em várias oportunidades os entes privados não desfrutam de condições de igualdade semelhantes e desta forma à medida que é constatada uma desigualdade, a horizontalidade será afetada

Também a expressão *Drittwirkung* ou eficácia perante terceiros sofreu críticas por parte de Ingo Sarlet que salienta que não existe propriamente um terceiro nível, mas tão somente um segundo nível relativo aos particulares.

Sombra prefere utilizar a expressão eficácia entre particulares.

Mac Crorie¹⁰² relata que a doutrina portuguesa utiliza para a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais as teorias monistas e dualistas.

Como exemplo de aplicação dos direitos fundamentais aos particulares, Sombra¹⁰³ nos traz alguns exemplos relatados por Paulo Gustavo Gonet Branco que têm relevância para o direito privado. Poderia um pai deixar a parte disponível de sua herança a um dos filhos em detrimento de outro devido a sua opção sexual? Poderia um homem restringir a doação de seus órgãos a pessoa católicas ou que não fossem negras?

A questão que se coloca aqui é se poderia perguntar-se pela nulidade dessas disposições em face dos direitos fundamentais de igualdade, dignidade da pessoa humana e não discriminação?

¹⁰¹ Op. cit p. 57

¹⁰² Op. cit. p. 20

¹⁰³ Op. cit p. 59

Outros exemplos relatados por Sombra, são o de um casal de muçulmanos, recém-chegados ao Brasil, matricula seus filhos na melhor escola particular da localidade e esta sendo uma escola católica exige que todos os alunos frequentem aulas de religião sob pena de reprovação. Teriam os pais dessas crianças muçulmanas que tolerar tais condições do contrato estipulado pela escola?

Nesse mesmo tom, seria lícito que essa escola desse preferência na contratação de professores que adotassem a religião católica?

Ou então, imagine-se que em um contrato de locação de imóvel, não seja vedado a sublocação desde que o sublocatário não seja protestante.

Mendes¹⁰⁴ indaga ainda se os proprietários ou administradores de shopping centers poderiam impedir a distribuição de informações sobre temas de interesse público no seu interior alegando que se cuida de um espaço submetido exclusivamente ao regime de propriedade privada?

A questão que se põe agora é a de saber como é que os direitos fundamentais influem nas relações entre os particulares. Como já mencionado acima, Mac Crorie divide-as em teorias monistas e dualistas.

Preferimos a nomenclatura utilizada por Wilson Steinmetz¹⁰⁵ que reputamos ser a mais corrente na doutrina brasileira, de que atualmente as duas principais teorias são: a) teoria da eficácia mediata e, b) teoria da eficácia imediata.

Fazendo um paralelo com a doutrina portuguesa, a teoria monista corresponderia à nossa denominada teoria da eficácia imediata e a teoria dualista à da eficácia mediata.

3.3.1.1 Teoria da eficácia mediata

Esta teoria foi desenvolvida a partir da formulação de Gúnter Dúrig ao preconizar juntamente com o *Bundensverfassungsgericht* que os direitos fundamentais integram uma ordem objetiva de valores, permitindo-lhe irradiar por todo o ordenamento jurídico, Dúrig

¹⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade*. p. 117

¹⁰⁵ STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In. *Interpretação Constitucional*. Org. Virgílio Afonso da Silva. 1º. ed. 3º Tiragem. SP: Malheiros, 2010. p. 20

ponderou que para incidirem em uma relação jurídica privada as normas necessitam de mecanismos de intermediação.¹⁰⁶

Afirmava que as relações entre particulares seriam regidas por um conjunto especial de leis onde os direitos fundamentais poderiam atuar influenciando a interpretação do direito privado.

Dürig entendia que a teoria da eficácia imediata atingia a autonomia privada na sua raiz e por consequência o sistema de direito privado no seu todo¹⁰⁷, entendia que isso provocaria um incremento do poder estatal sobre a autonomia privada desvirtuando o direito privado.¹⁰⁸

Essa influência dos direitos fundamentais dar-se-ia através da concretização das cláusulas gerais e conceitos indeterminados próprios do direito privado na interpretação de normas de direito privado e até mesmo justificar decisões contra o texto da lei.

Para Dürig¹⁰⁹ submeter a atividade dos sujeitos privados aos mesmos vínculos que limitam a ação do Estado significaria transformar os direitos em deveres, ou seja, uma excessiva compressão da liberdade. Entende também que a incidência direta às relações privadas revela-se inaceitável porque colide frontalmente com o princípio da dignidade e o livre desenvolvimento da personalidade contemplados na Constituição Alemã.

Ele considera que o direito à liberdade abrange conceitualmente o direito à liberdade dos particulares no tráfego jurídico-privado poderem se afastar de preceitos de direitos fundamentais a que o Estado tem que obedecer.

Disso decorre, em princípio, a obrigação de reconhecimento de legalidade por parte dos poderes públicos – inclusive do poder judicial – de contratos, negócios jurídicos unilaterais de entidades privadas ainda que contrariem preceitos de direitos fundamentais previstos na Constituição e que vinculariam o Estado, caso este fosse parte.¹¹⁰

Segundo Sombra, o cerne da teoria da eficácia mediata circunscreve-se no papel desempenhado pelo legislador e em um segundo momento, pelos juízes na atividade de

¹⁰⁶ SOMBRA, Thiago Luis Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. p. 75

¹⁰⁷ Mac Crorie. Op. cit. p. 24

¹⁰⁸ SOMBRA, op.cit. p. 75

¹⁰⁹ DÜRIG, Günter. *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*. p. 168. apud MAC CRORIE, op. cit. p. 25

¹¹⁰ MAC CRORIE, op. cit. p. 25

concreção do conteúdo normativo das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados. Incumbe ao legislador, no primeiro momento, concretizar e estender o alcance dos direitos fundamentais às relações entre particulares e no segundo momento, pela atividade judicial, as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados funcionariam como filtros das normas fundamentais.¹¹¹

Sombra¹¹² reportando-se a Viera de Andrade relata que pela atividade legislativa instaurariam-se mecanismos de intermediação e suavização, onde por mediação na aplicabilidade dos direitos constitucionais às relações entre iguais, seria entendida a necessidade de conciliar esses valores com a liberdade geral e a liberdade pessoal no direito civil.

Em suma, segundo Dürig, os privados estariam dentro de sua liberdade de escolha, menos vinculados aos direitos fundamentais do que os poderes públicos.

Essa foi a tese acolhida pelo *BVerfG* (*Bundesverfassungsgericht* – Tribunal Constitucional Alemão) no denominado caso Lúth, que acolheu a tese interposta por Lúth, um diretor de uma agência de publicidade que havia sido condenado em obrigação de não fazer e indenização por danos morais e materiais, em virtude de liderar um boicote público contra um filme do diretor V. Harlan suspeito de cumplicidade e publicidade de antissemitismo e nazismo. Lúth havia contatado vários diretores e produtores de cinema para evitar a comercialização do filme de Harlan.. A produtora do filme de Harlan entrou com obrigação de não fazer cumulada com perdas e danos para obrigar Lúth a parar o boicote público ao filme. Condenado em primeira instância, Lúth apelou ao Tribunal de Apelação de Hamburgo que julgou improcedente o recurso sustentando a não ocorrência de violação de seu direito fundamental de liberdade e de expressão; inconformado, recorreu ao Tribunal.¹¹³

A importância dessa decisão resulta no fato de que o paradigma até então vigente era de que uma lide entre particulares só podia ser resolvida pelo Direito Privado, não tendo os direitos fundamentais qualquer importância. O Tribunal considerou então que “ o juiz tem de verificar se, em virtude de imposição constitucional, as normas materiais de direito civil por ele utilizadas devem ser influenciadas pelos direitos fundamentais. Se for esse o caso, ter que

¹¹¹ Op.cit. p. 83

¹¹² SOMBRA, op.cit. p. 76

¹¹³ SOMBRA, op. cit. p. 84

levar em consideração a modificação daí resultante para o direito privado, na interpretação e aplicação desses preceitos.”¹¹⁴

No caso alemão, essa influência ocorre através das cláusulas gerais do direito privado, no parágrafo 826 do BGB. O Tribunal entendeu que o tribunal de instância inferior ignorou o efeito de irradiação do direito de liberdade de expressão na interpretação do conceito “contrário aos bons costumes”, do parágrafo 826 do BGB.¹¹⁵

De maneira resumida temos então que os principais pontos da eficácia mediata são:

a) As normas de direitos fundamentais produzem efeitos (eficácia) nas relações entre particulares por meio das normas e dos parâmetros dogmáticos interpretativos e aplicativos próprios do direito privado, ou seja, operados e modulados pelas normas e parâmetros do direito privado;

b) A eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares está condicionada à mediação concretizadora, em primeiro plano, do legislador de direito privado e, em segundo plano, do juiz e dos tribunais;

c) Ao legislador cabe o desenvolvimento (concretização) legislativo dos direitos fundamentais por meio da criação de regulações específicas que delimitem o conteúdo, as condições (os pressupostos) de exercício e o alcance desses direitos nas relações entre particulares;

d) Ao juiz e aos tribunais, ante o caso concreto e na ausência de desenvolvimento legislativo específico, compete dar eficácia às normas de direitos fundamentais por meio da interpretação e aplicação dos textos de normas imperativas de direito privado, sobretudo aqueles textos que contêm cláusulas gerais, (ex: ordem pública, bons costumes, boa-fé, moral, abuso de direito, finalidade social do direito). Isto é, devem invocar as cláusulas gerais e interpretá-las e aplicá-las em conformidade com os valores objetivos da comunidade que subjazem às normas de direitos fundamentais ou que por essas normas são veiculadas.

Pela teoria da eficácia indireta os direitos fundamentais aplicam-se às relações privadas de maneira apenas reflexa, pois cabe ao legislador, em primeiro plano, conformar as referidas relações de acordo com os princípios previstos na Constituição, e pelo juiz por meio das cláusulas gerais que são utilizadas como pontos de irrupção dos direitos fundamentais na ordem jurídica.

¹¹⁴ MAC CRORIOE, op. cit. p. 27

¹¹⁵ MAC CRORIE. op. cit. p. 28

3.3.1.1 Crítica à teoria da eficácia mediata

Uma das críticas à teoria da eficácia mediata é que se considera que tem um caráter supérfluo uma vez que acabam por conduzir a interpretação conforme a Constituição.

Neste mesmo sentido, Sombra¹¹⁶, nos traz o questionamento de Bilbao Ubilos de qual seria a diferença existente entre a teoria da eficácia mediata por intermédio da atividade judicial e a interpretação conforme a constituição. Relata que ele não vê nenhuma diferença uma vez que pode-se chegar à mesma solução através das cláusulas gerais aplicadas no momento de interpretar as normas de direito privado. Trata-se de uma construção artificial para contornar reconhecimento da eficácia imediata nas relações entre particulares.

Mac Crorie citando Leisner¹¹⁷ relata que este autor entende que o que Dürig propõe implica ou uma total confusão ou então, uma eficácia direta dos direitos fundamentais. Leisner entende que Dürig defende a atribuição de sentido às cláusulas gerais de direito privado através dos direitos fundamentais sobretudo as cláusulas dos bons costumes e da boa-fé que têm um conteúdo muito geral.

3.3.1.2 Teoria da eficácia imediata

Para esta teoria os direitos fundamentais têm validade absoluta enquanto direito subjetivo ou normas de valor aplicando-se diretamente às relações privadas.

Também devem valer como direitos subjetivos contra entidades privadas que constituam poderes sociais e indivíduos que disponham de uma situação de poder equiparável à do Estado.

Esta doutrina foi formulada por Hans Carl Nipperdey, presidente do Bundesarbeitsgericht (BAG) que considerava que existem nas constituições modernas preceitos de direito fundamental que não se referem apenas a uma esfera de liberdade para proteção dos indivíduos perante o Estado, mas que visam sobretudo a garantir a proteção dos cidadãos nas relações que estabelecem entre si.

Nas palavras de Nipperdey: *“Mais correto deveria ser falar do efeito absoluto de certos direitos fundamentais. Trata-se do efeito normativo , imediato de determinações de direito*

¹¹⁶ SOMBRA, op. cit. p. 86

¹¹⁷ MAC CRORIE, op, cit. p. 64 nota de rodapé 170

*fundamentais particulares em sua qualidade de direito constitucional objetivo, vinculativo que anulou, modificou, complementou ou criou de novo determinações do direito privado. Esse direito constitucional contém para campos de direito fora da constituição não somente proposições diretrizes ou regras de interpretação, mas uma regulação normativa do ordenamento jurídico total como unidade, da qual também emanam imediatamente direitos privados subjetivos do particular”.*¹¹⁸

Segundo a concepção de Nipperdey, determinados direitos fundamentais possuem significado direto ou uma relevância direta, enquanto princípios ordenadores da vida social, no tráfico jurídico entre cidadãos sendo, por conseguinte, diretamente aplicáveis nas relações inter-privadas, onde os particulares são sujeitos passivos destes direitos.

Segundo Mac Crorie¹¹⁹, esta concepção baseia por um lado no fato dos direitos fundamentais constituírem normas que expressam valores aplicáveis a toda ordem jurídica, em decorrência do princípio da unidade do ordenamento jurídico, e por outro lado, em virtude do postulado normativo da Constituição que não pode aceitar que o direito privado seja posto à margem desta. Assim, como consequência, alguns direitos fundamentais não necessitam de qualquer transformação para serem aplicados no âmbito das relações jurídico-privadas, aplicando-se a norma constitucional não como regra hermenêutica, mas sim como norma de comportamento que incide no conteúdo das relações entre particulares.

Apenas como curiosidade, Mac Crorie relata que esta posição não entusiasmou os constitucionalistas da época e tão pouco o *BVerfG (Bundesverfassungsgericht)* que ao contrário declarou que o *BAG (Bundesarbeitsgericht)* tinha ido longe demais no reconhecimento da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.¹²⁰

Pela teoria da eficácia imediata a norma de direito fundamental deve ser aplicada precipuamente em uma sentença e não como um mero critério interpretativo.

Steinmetz¹²¹ entende ser esta a correta orientação porque além de considerar e preservar a autonomia privada como princípio fundamental, assegura a identidade, autonomia e função do direito privado como um todo, e responde melhor ao postulado da segurança

¹¹⁸ NIPPERDEY, Hans Carl. *Direitos fundamentais e direito privado*. 2012. p. 59

¹¹⁹ Op.cit. p. 23

¹²⁰ MAC CRORIE, op.cit. p. 23

¹²¹ STEINMETZ, Wilson. op. cit. p. 21

jurídica porque as normas de direito privado apresentam um grau maior de especificidade e de detalhamento que as normas de direito fundamentais.

Entretanto, sem negar as asserções acima, há autores ¹²² que não concordam que a mesma seja a melhor aplicação nas relações privadas e a sua maior discordância resulta no fato de que, e segundo eles, não respondida pelos seguidores dessa teoria, não se consegue saber justamente qual é a solução a adotar quando não existir nenhuma norma constitucional ou legal regulando a matéria e também não se puder valer das cláusulas abertas no direito civil. Daí advogarem a utilização da segunda ou seja, da eficácia direta.

Sarlet¹²³ relata com muita propriedade que nossa constituição no seu Título II – Dos direitos e garantias fundamentais – agasalhou um extenso e diferenciado rol de posições jurídicas expressamente designadas de fundamentais e que o artigo 5º parágrafo primeiro, expressamente dispôs que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Isto, segundo Sarlet, tem sido pela doutrina majoritária considerada como uma inequívoca decisão em favor de uma eficácia direta das normas de direitos fundamentais e que abrange a garantia da eficácia e efetividade em todos os setores da ordem jurídica e da vida social de um modo geral.

Relata ainda que embora diferentemente da Constituição Portuguesa de 1.976, que no seu artigo 18 expressamente afirma a aplicabilidade direta das normas de direitos fundamentais incluindo as entidades privadas nesse rol, a doutrina brasileira dominante tão bem como o próprio Supremo Tribunal Federal reconhecem a obrigação da aplicação imediata das normas de direitos fundamentais abrangendo também uma eficácia e aplicabilidade direta na esfera das relações entre particulares.

Como bem salienta Sarlet¹²⁴, a tese da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, embora com alguma resistência¹²⁵, tem sido acolhida, em termos

¹²² MENDONÇA, Andrey Borges; FERREIRA, Olavo Augusto V. A. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. In *Leituras Complementares de Constitucional Org.* Marcelo Novelino. 4. ed. Salvador: JusPodivm Editora, 2010, p. 305

¹²³ Op.cit. p. 25

¹²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A influência dos direitos fundamentais no direito privado: notas sobre a evolução brasileira.* 2014. p. 75

¹²⁵ Segundo Sarlet, representantes de tese divergente são Dimitris Dimoulis e Leonardo Martins.

gerais e alguma variações, tanto doutrinária como jurisprudencial. Além do que, o STF, pelo menos de acordo com a tendência até aqui registrada, também tem adotado esta tese.

3.3.1.2.1 Críticas à teoria da eficácia imediata

Mac Crorie¹²⁶ relata que as críticas feitas à teoria imediata conduzem aos seguintes tópicos:

a- Esta teoria gera insegurança jurídica à medida em que permitem que os conflitos privados sejam solucionados com base em princípios constitucionais vagos e abstratos, cuja aplicação muitas vezes é imprevisível;

b- Esta teoria atribui excessivo poder ao juiz em detrimento do legislador que seria o encarregado de ponderar os direitos e interesses constitucionais em jogo nos litígios privados, desvirtuando o princípio da separação de poderes;

c- Colocam em risco a autonomia e a identidade do direito privado permitindo a sua colonização pelo Direito Constitucional, sendo que esta vinculação compromete a autonomia privada;

d- Sombra¹²⁷ traz ainda o problema das supostas dificuldades técnicas que apresentaria para resolver os casos em concreto, porque não devemos nos esquecer que estaríamos diante de dois titulares de direitos fundamentais.

Mac Crorie ao tratar da insegurança jurídica expõe que o grau de indeterminação dos direitos fundamentais não seria maior do que o decorrente da utilização de cláusulas gerais ou de conceitos indeterminados no direito civil que gerasse tal propalada insegurança jurídica.

Em relação à ofensa ao princípio da separação de poderes e poderes excessivos do juiz, pondera Mac Crorie que realmente compete primariamente ao legislador delimitar e conciliar as posições de direitos fundamentais, mas a legislação não pode prever nem contemplar todas as situações e conflitos possíveis, pois incessantemente surgem novas ameaças e formas de agressão, fazendo com que a intervenção do julgador seja necessária. Ademais, o legislativo omissivo poderá a qualquer tempo avocar a si a questão de forma que também o julgador fique vinculado a sua decisão.

Em relação à terceira crítica rebate que não só a própria autonomia privada, como também a sua limitação são objetos de garantias jusfundamentais.

¹²⁶ Op.cit. p. 70

¹²⁷ Op. cit. p. 90

A crítica coletada por Sombra sobre a questão das dificuldades técnicas no caso de colisão (que será tratado no tópico a seguir), não será obstáculo, vez que a solução para estes casos é o propósito deste trabalho utilizando a técnica de ponderação de interesses, ou seja, do princípio da proporcionalidade.

3.3.1.3 Outras teorias

Encontra-se na literatura não só pátria como estrangeiras, referências a outras teorias sobre o modo pelo qual os particulares se vinculam aos direitos fundamentais.

Entre elas podemos citar a teoria dos deveres de proteção¹²⁸ pela qual os direitos fundamentais dirigem-se em primeiro lugar às entidades privadas e poderes públicos, mas estes, além do dever de os respeitarem têm ainda o dever de os proteger contra quaisquer ameaças, ainda que estas venham de outros particulares.

Também pode ser citada a teoria da convergência estatista que tentou as concepções da eficácia direta e indireta, negando a relevância dessa discussão e sustentando que a atuação dos particulares no exercício da autonomia privada é sempre produto da autorização estatal, sendo as ofensas aos direitos fundamentais sempre oriundas do Estado, já que este deve proteger àqueles.¹²⁹¹³⁰

Encontra-se também menção na doutrina sobre a doutrina liberal da state action¹³¹ norte-americana.

Entretanto, o estudo dessas teorias foge ao escopo de nosso estudo, que visa apenas fundamentar a aplicação imediata dos direitos fundamentais aos particulares, não cabendo entrar em detalhes do como isso acontece.

3.4 A ocorrência da colisão de direitos fundamentais nas relações privadas

Como bem explana Gavião Filho¹³², a compreensão de que o sistema de normas jurídicas é um modelo de princípios e regras leva à identificação das normas de direitos

¹²⁸ MAC CRORIE, op. cit. p. 36

¹²⁹ Op. cit. p. 37

¹³⁰ SOMBRA, op. cit. p. 91

¹³¹ GALIZA, Andrea Karla Amaral de. *Direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 2011. p. 60

fundamentais como princípios e como tal, ordenam que algo seja realizado na melhor medida do possível conforme as possibilidades jurídicas e fáticas. O resultado disso é que os direitos fundamentais são passíveis de colisão e de ponderação. Aliás, basta que uma constituição tenha um catálogo de direitos fundamentais para que hajam colisões destes.

No mesmo sentido, Virgílio¹³³ chama a atenção para o fato de que ao admitir-se que a grande maioria dos direitos fundamentais são princípios, no sentido defendido por Alexy, admite-se que eles são mandamentos de otimização, ou seja, de normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível. A proporcionalidade justamente é a maneira de se aplicar esse dever de otimização ao caso concreto.

No campo dos direitos fundamentais ocorre colisão quando o exercício de um direito fundamental por um particular intervém na esfera dos direitos fundamentais de outrem.

Apenas de maneira exemplificativa isso pode ocorrer sem que as partes envolvidas tenham, por exemplo, algum vínculo jurídico entre elas, como nos conflitos entre direito de livre manifestação do pensamento e o direito à informação, ou, no caso do direito à honra e à preservação da intimidade. Todos são direitos fundamentais tutelados pela nossa constituição.

Situações passíveis de colisão envolvendo particulares, em caso de vínculo negocial, pode ocorrer quando este vínculo for questionado ao intervir no direito fundamental da outra parte.

Gavião Filho¹³⁴ traz uma classificação das colisões com base na titularidade de um bem fundamental como sendo: a) colisão em sentido restrito e; b) colisão em sentido amplo.

A colisão em sentido restrito ocorre quando a realização de um direito fundamental, que podem ser idênticos ou não, repercute negativamente sobre o direito fundamental de outro titular.

Dessa forma, podemos ter os dois lados da relação afetados pelo mesmo direito fundamental. Um exemplo disso poderia ser dois grupos distintos de pessoas tentando ocupar

¹³² GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. 2011. p. 29

¹³³ SILVA, Virgilio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. 2002. p. 23-50

¹³⁴ Op. cit. p. 41

um mesmo espaço físico para realizar uma manifestação política, que estão exercendo a livre manifestação do pensamento.

Em outros casos podemos ter um mesmo direito fundamental, mas com sentido de ações diferentes como, por exemplo, no direito à liberdade de credo (Art.5º , VI CF) que resume-se no ter e praticar uma crença, na livre prática de uma crença e mesmo ainda no direito de não ter uma crença.

Gavião Filho¹³⁵ nos traz como exemplo dessa situação um caso decidido pelo Tribunal Constitucional Alemão, a respeito do Estado determinar a colocação de crucifixos nas salas de aula das escolas públicas. Nesse caso, decidiu-se que a decisão de ter ou não uma crença é um assunto pessoal e o Estado não pode prescrever nem proibir uma crença ou uma religião. A disposição da Lei Fundamental alemã deixa a pessoa decidir quais símbolos religiosos serão por ela acatados ou rejeitados.

Mendes¹³⁶ discorrendo sobre este tema acrescenta que no contexto o crucifixo em sala de aula tem um caráter apelativo e apresenta a crença representada como paradigmática e digna de ser seguida. Para pessoas que por causa de sua pouca idade que ainda não têm convicções firmes e estão a desenvolver sua capacidade crítica e formação de seus próprios pontos de vista, tornam-se facilmente suscetíveis a essa influência.

Aqui no Brasil não tivemos uma polêmica como essa e o mais perto que chegamos foi a tentativa de retirar do tribunal do Júri o crucifixo que está presente, que sempre que o advogado requer, o Juiz presidente do Júri, nega.

Já nas colisões em sentido amplo ocorre colisão de direitos fundamentais com bens coletivos como, por exemplo, a colisão com integridade ambiental, segurança pública, saúde pública, entre outros.

Mendes¹³⁷ relata ainda que as colisões em sentido amplo envolvem os direitos fundamentais e outros princípios ou valores que protejam os interesses da comunidade.

Exemplo dessa ocorrência foi o caso da licença para importar pneus usados (que iremos posteriormente fazer uma análise mais acurada) para recauchutagem e vulcanização e

¹³⁵ Op. cit. p. 43

¹³⁶ Op. cit. p. 96

¹³⁷ Op. cit. p. 85

posterior revenda. A decisão do nosso STF foi de que a atividade empresarial deve ser ponderada com as exigências da saúde e do meio ambiente, negando portanto, o pedido fundamentando que isso traria consequências indesejáveis para a saúde e o ambiente, privilegiando então a proteção da saúde e do meio ambiente.

Andrea K A de Galiza¹³⁸ elenca outras situações exemplificativas do uso da proporcionalidade como, por exemplo, no cumprimento de cláusulas contratuais, disposições testamentárias, estatutos de associações. Também situações decorrentes do questionamento se um contrato de trabalho poderia obrigar uma funcionária a não engravidar por determinado tempo, ou efetuar revista íntima para evitar furtos, ou até mesmo o proprietário de um imóvel recusar-se a efetuar uma locação imobiliária a determinadas pessoas com características específicas, etc.

Citando Steinmetz¹³⁹ expõe que de um lado estão um ou mais direitos fundamentais e de outro a autonomia privada exteriorizada na liberdade contratual e, que são nesses casos que surgem com mais força, a questão da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas comprometerem a liberdade e a capacidade de autodeterminação das pessoas.

3.5 Normas restritivas aos direitos fundamentais

Entendem-se que os direitos fundamentais não são absolutos e, consequência desse entendimento, é a necessidade de limitação do exercício desses direitos.

A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU¹⁴⁰ de 1948 no seu artigo 29. § 2, abaixo transcrito, já estabelecia a delimitação numa base legal.

Artigo 29

§2. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas por lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

Felipe de Paula¹⁴¹ chama atenção para a questão da mutação histórica impossibilitar a existência de direitos ilimitados no sentido de validade absoluta e equânime, visto que a

¹³⁸ DE GALIZA, op. cit. p. 107

¹³⁹ Ibid., p. 107

¹⁴⁰ Obtido em USP – Biblioteca Virtual de Direitos Humanos.

<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declaração-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acessado em janeiro 2014

¹⁴¹ PAULA, Felipe de. *A (de)limitação dos direitos fundamentais*. 2010. p. 34

contingência histórica e a mutabilidade dos direitos fundamentais permitem abordagens distintas em diferentes períodos.

Novais¹⁴² apropriadamente ressalva que a temáticas das restrições respeita as relações entre o plano constitucional da consagração dos direitos fundamentais e o plano das posteriores intervenções de quaisquer dos poderes do Estado.

Cita que a primeira classificação mais elaborada deve-se a Lerche que distingue três tipos possíveis de intervenção legislativa nos direitos fundamentais:

1. Normas que conformam ou determinam o conteúdo dos direitos fundamentais (*grundrechtspragende*)
2. Normas que o clarificam (*grundrechtsverdeutlichende*)
3. Normas que o restringem (*grundrechtseingreifende*)

As normas restritivas intervêm intencionalmente no âmbito do direito fundamental e necessitam de autorização constitucional expressa. As outras duas não têm caráter restritivo e, portanto, não necessitam de autorização constitucional. As clarificadoras limitam-se a esclarecer os limites de um conteúdo já criado.

As restrições aos direitos fundamentais podem ser vistas em seu sentido lato, ou seja, enquanto comportamentos estatais que afetam a garantia de um bem protegido e no seu sentido estrito, ou seja, quando têm uma vocação normativa geral e abstrata verificando-se uma redução, amputação ou eliminação do conteúdo objetivo do direito fundamental.

Uma intervenção restritiva em direito fundamental afeta negativamente o conteúdo da posição individual, permanecendo inalterada a norma de direito fundamental e o correspondente conteúdo do direito. Novais¹⁴³, chama atenção para o fato de que afeta também a dimensão subjetiva do direito fundamental, visto que impossibilita ou dificulta um comportamento protegido pela norma e, ao mesmo tempo afeta também a dimensão objetiva de maneira indireta visto que se reduzem ou enfraquecem os deveres de ação ou omissão incumbidos ao Estado.

Em relação aos tipos de restrições encontramos diferentes classificações que nada mais são que resultantes das diferentes perspectivas e metodologias empregadas.

¹⁴² NOVAIS, op. cit. p. 158

¹⁴³ Op. cit. p. 194

Novais¹⁴⁴ reportando-se a definição utilizada por Vieira de Andrade relata que há três tipos de limites: a) imanentes que atingem o próprio âmbito de proteção constitucional de um direito fundamental excluindo em termos absolutos certas formas ou modos de seu exercício, b) os que resultam das colisões ou conflitos e c) e os que são resultados das leis restritivas.

Novais¹⁴⁵, da mesma forma que Gomes Canotilho e Vital Moreira, distingue primeiramente a restrição de direitos fundamentais da delimitação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais e nessa última inclui também três tipos de limites: a) os fixados diretamente pela constituição; b) os fixados pela lei por remissão à Constituição; c) os que consistem na delimitação geral do âmbito do direito fundamental através da lei.

Isso é feito através das chamadas normas restritivas, que nada mais são do que normas que limitam o exercício de direito fundamental.

Carvalho¹⁴⁶ diz que para entender o tipo de limite imposto pelo legislador é imperioso entender a tradicional distinção entre limites internos e limites externos aos direitos fundamentais.

Carvalho¹⁴⁷, busca em Gavara de Cara a definição para limites internos que a define como sendo aqueles que servem para determinar o conteúdo direto, resultando intrínseco a este. Diz o citado autor que a doutrina constitucional alemã entende que os limites internos não são restrições propriamente ditas, porque os casos aos quais se aplicam são aqueles em que o exercício não pertence ao âmbito jurídico específico do direito fundamental.

Resume Carvalho, que é uma hipótese de não direito e conforme essa concepção, limites internos aos direitos fundamentais não são autênticos limites.

Alexy¹⁴⁸ entende que não há limites internos, mas sim cláusulas restritivas constitucionais expressas com status de norma-regra convertendo um direito *prima facie* em um não direito definitivo, que pode aparecer como parte do enunciado normativo ou em parágrafo separado do enunciado normativo.

¹⁴⁴ NOVAIS, op. cit. p. 255

¹⁴⁵ NOVAIS, op. cit. p. 255

¹⁴⁶ CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado. *Colisão de direitos fundamentais no STF*. p. 96

¹⁴⁷ .Ibid., p.96

¹⁴⁸ ALEXY, Robert. 2001. p. 272 – 273. apud CARVALHO, op.cit. p. 96

Para Alexy, os limites externos são restrições instituídas pelo legislador ordinário, mediante lei, com prévia autorização do legislador constitucional, que se manifesta através de cláusulas constitucionais explícitas de reserva de lei.

Gilmar Mendes¹⁴⁹ esclarece que a teoria externa (*Aussentheorie*) admite que entre a ideia de direito individual e a ideia de restrição inexistem uma relação necessária, pois essa relação será criada a partir da exigência externa ao direito para conciliar os direitos de diversos indivíduos bem como dos direitos individuais e interesses coletivos.

Alexy¹⁵⁰ diz que o conceito de restrição sugere a existência de duas coisas: o direito e sua restrição. Então, em primeiro lugar, há o direito em si, não restringido e em segundo lugar, o que resta do direito, ou seja, o direito restringido. Devido a isso é que se entende que na teoria externa, entre o conceito de direito e o conceito de restrição não existe relação necessária.

Mendes relata que para a denominada teoria interna (*Innentheorie*) não existem os conceitos de direito individual e de restrição como categorias autônomas, mas ao contrário, a ideia de um direito individual com determinado conteúdo, onde a ideia de restrição é substituída pela ideia de limite.

Alexy¹⁵¹ relata que dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas a respeito da extensão dos limites, mas sim dúvidas sobre seu conteúdo. E quando eventualmente se fala em restrições no lugar de limites, fala-se em restrições imanentes.

Mendes¹⁵² relata que Alexy entende que entre a teoria interna e a externa existe mais do que a controvérsia terminológica ou conceitual. Assim os adeptos da concepção individualista da sociedade e do Estado, acatará a teoria externa e aqueles adeptos de uma integração necessária do indivíduo na comunidade adotarão a teoria interna.

A nossa Constituição de 1988, tal como as anteriores, consagra a técnica do estabelecimento direta ou técnica da restrição legal a diferentes direitos individuais.¹⁵³

¹⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. p.40

¹⁵⁰ Op. cit. p. 277

¹⁵¹ Alexy, op.cit. p. 278

¹⁵² Op. cit. p. 41

¹⁵³ MENDES, op. cit. p. 39

Relata Carvalho¹⁵⁴ que a Lei Fundamental de Bonn, classifica a reserva de lei em: reserva de lei ordinária, reserva de lei qualificada e reserva de lei geral.

A reserva de lei ordinária, também denominada de reserva legal simples ou simples restrição legal, é aquela que autoriza o legislador a impor restrições a direito fundamental, contudo, sem fixar pressupostos ou objetivos a serem observados pelo legislador. Exemplo disso é que ocorre no artigo 5º de nossa constituição onde se visualizam dispositivos que tratam da reserva legal simples:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, **na forma da lei**, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

Verifica-se que para caracterizar a reserva legal simples há várias denominações tais como: na forma da lei, nos termos da lei, salvo nas hipóteses previstas em lei, assim definida em lei, no prazo da lei, etc.¹⁵⁵

A reserva de lei qualificada (reserva legal ou restrição legal qualificada) exige que seja prevista em lei e atenda determinados pressupostos ou objetivos, ou seja, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados. Exemplo disso é o inciso LX do artigo 5º da Constituição: LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

Outro exemplo é dado pelo art.5º.XIII CF “ ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

Em relação à lei geral, nos relata Joana Carvalho, que esta é a mais difícil de ser definida e que o artigo 5º, parágrafo 2º da Lei Fundamental Alemã é o único caso, que dispõe que: “ Os direitos de liberdade de expressão e de informação têm seus limites nas disposições das leis gerais”.

No mesmo sentido, Edilsom Pereira¹⁵⁶ cita que em relação à problemática das leis restritivas, comumente faz-se referência às seguintes restrições: a) as estabelecidas diretamente pela constituição, b) as estabelecidas por lei autorizada pela constituição (reserva de lei), e c) as estabelecidas tacitamente pela constituição (implícitas).

¹⁵⁴ CARVALHO, op. cit. p. 97

¹⁵⁵ MENDES, op. cit. p. 49

¹⁵⁶ FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos. 2008. p. 84

Segundo Edilson Farias, a última, e a mais polêmica, refere-se àquela que, embora não expressamente prevista no texto constitucional, implicitamente alberga a restrição com o objetivo de salvaguardar outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos. Cita como exemplo o artigo 5º, IX da Constituição que garante a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação.

Nesse aspecto, pode-se considerar inconstitucional uma lei que proíba ou restrinja a divulgação de obras de valor artístico que expressem ideias contrárias à integridade territorial do Estado ou à Moral?

Como veremos no capítulo seguinte, existe no código civil restrição explícita ao exercício de alguns direitos de personalidade, que iremos posteriormente detalhar.

3.5.1 Limites dos limites

Com esse título Mendes¹⁵⁷ ressalta que as restrições têm limites.

A esses limites, ou seja, limite dos limites a doutrina denomina de limites imanentes e decorrem da própria Constituição referindo-se à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto às restrições impostas.

Essa proteção é doutrinariamente efetuada por dois modelos básicos: a chamada teoria absoluta e a teoria relativa.

A Teoria absoluta entende o núcleo essencial dos direitos fundamentais como unidade autônoma que independentemente de qualquer situação concreta estaria a salvo de eventual decisão legislativa. Para essa teoria existe um espaço interior livre de qualquer intervenção estatal.

Para os adeptos da teoria relativa o núcleo essencial terá que ser definido para cada caso tendo em vista o objetivo da norma restritiva. Tal núcleo seria aferido mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins com base no princípio da proporcionalidade.

¹⁵⁷ Op.cit. p. 56

No caso brasileiro, Mendes ressalta que a ordem constitucional brasileira não fez qualquer menção direta e expressa sobre a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Entretanto, da leitura que se faz do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, é inequívoca a vedação de qualquer proposta tendente a abolir os direitos e garantias individuais, dando a ideia de um limite para o legislador ordinário.

Conclui Mendes que embora o texto constitucional não consagre expressamente a ideia de um núcleo essencial, é inequívoco que tal princípio decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte.

3.6 Limites da renúncia a direitos fundamentais pelos particulares.

O objetivo deste item é o de determinar os limites em que o titular de um direito fundamental pode dele dispor enfraquecendo a sua posição jurídica perante outro ente privado.

Mas, pode o titular de um direito fundamental dele dispor? A Constituição não o impede?

Martel¹⁵⁸ assegura que a Constituição brasileira apesar de declarar a inviolabilidade de uma série de direitos fundamentais, não expressa uma proibição geral a respeito da livre disposição dos direitos fundamentais pelo seu titular.

Antes de mais nada, deve-se fazer uma distinção entre renúncia, perda e o não exercício de direitos fundamentais.

A renúncia implica em um compromisso jurídico assumido pelo particular de não recorrer ao seu direito fundamental, ou seja, não o exercer, temporária ou pontualmente algumas das pretensões, faculdade ou poderes que integram o direito. Já na perda há um enfraquecimento da posição jurídica decorrente não de uma decisão voluntária, mas sim de uma imposição externa, como consequência de determinação pela ordem jurídica da perda de um direito fundamental. No não exercício de um direito, o particular não se vincula, não assume uma posição jurídica. Isso pode ser melhor compreendido através do seguinte exemplo: quem paga um imposto inconstitucional e não recorre judicialmente, não está a renunciar a um direito fundamental.

¹⁵⁸ MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais Indisponíveis: limites e padrões do consentimento para a autolimitação do direito à vida*. p. 4

Apenas como observação, cumpre-nos esclarecer que em nosso ordenamento pátrio não existe a possibilidade de perda dos direitos fundamentais, como existe no ordenamento alemão que no seu artigo 18 que estabelece que um cidadão pode ser privado de alguns direitos quando deles abusar para combater a ordem fundamental livre e democrática¹⁵⁹

Concluindo, a distinção entre renúncia e o não exercício é o fato de que não há assunção de qualquer vínculo jurídico pelo titular do direito nas situações de não exercício.

Mac Crorie¹⁶⁰ entende que a questão da renúncia depende em grande medida da concepção do Estado e do papel que considera que este deve, ou não, ter na condução da vida dos cidadãos. Em sua opinião relata que há uma tendência dos poderes públicos de limitar excessivamente o poder de dispor sobre os direitos fundamentais.

Entende a autora que a renúncia caracteriza-se por uma dupla dimensão, vez que se traduz em exercício e afetação negativa de direitos fundamentais. De um lado é expressão de exercício de direitos porque o poder de dispor sobre posição subjetiva de direito fundamental traduz-se como forma de realização desses direitos. A pessoa que renuncia, faz porque espera obter um benefício mais valioso do que obteria com a preservação do direito fundamental. Por outro lado, a renúncia resulta em um enfraquecimento das posições individuais de direitos fundamentais o que implica em uma afetação negativa de tais direitos.

Para a autora, o problema da renúncia torna-se um problema de defesa da pessoa contra si própria, visto que, aquele que renúncia a um direito fundamental e permite que um terceiro interfira na sua esfera protegida está de forma indireta a lesar-se a si mesma.

Não há consenso a respeito da definição sobre o conceito de renúncia. Jorge Reis Novais, o define como o “*enfraquecimento voluntário de uma posição jurídica individual protegida por uma norma de direito fundamental, determinado por uma declaração de vontade do titular que o vinculou juridicamente ao aceitar o correspondente alargamento da margem de atuação da entidade pública, ou privada, face às pretensões que decorriam daquela posição*”.¹⁶¹

¹⁵⁹ MAC CRORIE, Benedita. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 2013. p. 36

¹⁶⁰ MAC CRORIE, Op. cit. . p. 14

¹⁶¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Renúncia a direitos fundamentais*. p. 285 apud MAC CRORIE, op.cit. p. 21

Uma importante distinção a ser feita é entre o significado da renúncia no direito privado e no campo dos direitos fundamentais. No direito privado, como bem expõe Novais¹⁶², a figura da renúncia implica na extinção de um direito, já que se trata de um ato voluntário pelo qual o titular de um direito o perde sem que haja uma transferência ou atribuição para outrem. Já a renúncia de um direito fundamental normalmente não se traduz na extinção do direito em causa, pois o que ocorre é o titular deste comprometer-se a não invocar temporariamente determinada posição jurídica tutelada por uma norma de direito fundamental.

Nem todos os doutrinadores concordam com esta definição. Mac Crorie¹⁶³ traz a posição de Gomes Canotilho que, entende que os direitos fundamentais são irrenunciáveis, mas deve-se no entanto distinguir-se entre renúncia ao núcleo substancial do direito e limitação voluntária ao exercício de direitos, que reputa aceitável sob determinadas condições. Para este doutrinador, não pode haver renúncia a direitos, mas apenas limitação voluntária de alguns direitos.

Mac Crorie¹⁶⁴ relata que na mesma linha outro doutrinador português, Jorge Miranda, entende que os direitos fundamentais são indisponíveis e irrenunciáveis, mas isso não significa que os seus titulares não possam aceitar sua restrição, ou, por livre vontade suspender o exercício de alguns desses direitos. Considera então ser uma auto restrição ou uma auto suspensão

Preferimos ficar com a definição de renúncia de Mac Crorie de que a “*renúncia a direitos fundamentais é o poder individual de dispor das posições jurídicas próprias, tuteladas por normas de direito fundamental de cujo exercício resulta, como consequência jurídica, uma diminuição da proteção do indivíduo*”. Ressalva-se aqui que o significado de renúncia é diferente daquele usualmente empregado no direito privado.

Ultrapassada a questão da definição do que vem a ser renúncia, resta-nos agora verificar os quesitos para a capacidade deste ato.

É consenso que a condição para a renúncia é a capacidade para uma determinação livre da vontade e mais, é indispensável que o agente possa ter entendimento do alcance de sua decisão ao fazê-lo.

¹⁶² MAC CRORIE, Op. cit. p. 22

¹⁶³ MAC CRORIE, op. cit. p. 22

¹⁶⁴ Ibid., p. 23

Questão interessante levantada por Novais¹⁶⁵, mas que não será aqui desenvolvida, é a de saber se perante o consentimento do indivíduo o sentido e a finalidade das garantias do Estado se mantêm? Alguns autores entendem que a renúncia do titular retira do âmbito de proteção do direito um setor que deixa de ser protegido e quando há uma ingerência estatal nesse setor, essa ingerência já não se traduz em ingerência em um direito fundamental.

Esse é o caso de Albert Bleckmann¹⁶⁶ que considera como consequência da renúncia a direito fundamental a não aplicação das garantias pelo Estado de direito.

Alguns autores também consideram relevante a distinção entre renúncia ao direito fundamental e renúncia ao mero exercício deste. Mac Crorie entende que para este caso, não há utilidade visto que não há um critério definido para determinar se estamos frente a renúncia a titularidade ou renúncia ao exercício.

Um ponto importante para este tópico é a fundamentação do poder de dispor, e da possibilidade jurídica em torno da renunciabilidade visto que não há um consenso na doutrina.

Doutrinadores que sustentam a indisponibilidade o fazem sob variados argumentos. Vamos ver basicamente os principais deles.

1 – uma das razões sempre invocadas é a da inalienabilidade destes direitos, visto que vários textos constitucionais e nos instrumentos de proteção internacionais a trazem direta ou indiretamente.

Mac Crorie¹⁶⁷ expõe que não parece ser imediata a assertiva de que se possa retirar do princípio da inalienabilidade uma interdição absoluta da renúncia. E mais, tem-se observado que mesmo nas ordens jurídicas que explicitamente se referem a inalienabilidade, como na alemã, não implica na renúncia pontual e concreta a posições de direitos fundamentais.

2 – Há doutrinadores que defendem a indisponibilidade partindo da caracterização destes direitos como direitos subjetivos públicos e por isso irrenunciáveis quando a possibilidade de renúncia não esteja expressamente consagrada.

Para Mac Crorie esta visão assenta-se em conceito de direito subjetivos que não corresponde ao entendimento atual dos direitos fundamentais e, por isso enquanto direitos subjetivos públicos não se pode obter qualquer conclusão quanto a renunciabilidade.

¹⁶⁵ Ibid., p. 28

¹⁶⁶ MAC CRORIE, Benedita. *Os limites da Renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*. p. 28

¹⁶⁷ Op. cit. p. 62

3 – A dimensão objetiva é muitas vezes utilizada para fundamentar a indisponibilidade e negar a sua renúncia.

Entretanto, utilizar a dimensão objetiva para diminuir a autonomia do indivíduo implicaria numa total desvirtuação da função primária desta dimensão. Além disto, quando um particular renuncia a um direito ele o faz enquanto garantia subjetiva que se conforma apenas à sua esfera jurídica o que não implica necessariamente que se atinja o direito fundamental na sua relevância jurídica enquanto norma objetiva.

Relata Mac Crorie que a doutrina não tem consenso sob que preceitos fundamenta-se o poder de dispor sobre posições protegidas por normas de direitos fundamentais.

Tem-se entendido que tal poder de disposição, ou, renúncia, deriva do princípio da dignidade humana, de direito ao desenvolvimento da personalidade, ou ainda, em especial, do conteúdo de autonomia presente em cada um dos direitos fundamentais.

Mac Crorie¹⁶⁸ relata ainda que há quem sustente que fundamento da renúncia decorre de uma norma do direito costumeiro que deriva do preceito latino *volenti non fit iniuria* que nesse contexto significaria um consentimento legal para evitar futuras ações de responsabilidade.

O desenvolvimento da personalidade implica no direito da pessoa escolher livremente seu destino e conduzir sua vida com autonomia e responsabilidade de acordo com suas convicções. Entretanto, essa liberdade não é uma liberdade ilimitada. Jorge Novais, apropriadamente expõe que não há no estado de direito o reconhecimento de qualquer direito, muito menos fundamental, de cada um poder fazer aquilo que quiser.¹⁶⁹

Para Hans Peter¹⁷⁰ há necessidade de uma limitação do conteúdo do direito ao livre desenvolvimento da personalidade sob pena de tornar-se um “instrumento de luta de interesses individuais egoístas”.

Mas, então qual seria esse limite?

¹⁶⁸ MAC CRORIE, op. cit. p. 74

¹⁶⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais*. p. 414

¹⁷⁰ PETER, Hans. *Die Freie Entfaltung der Personlichkeit als Verfassungsziel*. apud MAC CRORIE, op. cit. p. 99

Mac Crorie¹⁷¹, após demorada análise chega a conclusão de que o limite para a renúncia a um direito fundamental seria o da dignidade humana. Entretanto, chama a atenção para até que ponto cabe ao indivíduo determinar o que é ou não atentatório da sua dignidade.

3.7 Condições da renúncia

Visto que a disposição do titular de um direito fundamental vai até a renúncia, iremos agora determinar quais as condições para que uma dada renúncia tenha legitimidade.

Inicialmente para existir a renúncia deve-se existir uma declaração de vontade apta, dirigida, e de forma livre e autodeterminada, isso porque o sistema jurídico atribui responsabilidades às pessoas pelas suas próprias decisões.

Mc Crorie¹⁷² ao estudar a voluntariedade da renúncia a um direito fundamental pesquisou em outros ramos do direito, notadamente penal e civil, os requisitos relevantes para avaliar a possibilidade de transportá-los para o problema em questão. Embora a direção contrária, ou seja, parametrizar as normas de direito civil e penal pelas normas constitucionais seja mais usual, a relevância do consentimento como causa da exclusão da ilicitude está a muito tempo assentada nas legislações penais e civis.¹⁷³, o que não invalida tal objetivo, pois na palavra da citada autora, “uma vez que revelam o resultado decantado da prática jurídica de séculos, merecem, em regra uma presunção de constitucionalidade”.

Entretanto, tal opinião não é compartilhada por doutrinadores tal como Viera de Andrade para o qual as regras de direito ordinário têm de legitimar-se através da interpretação do Direito Constitucional, ou para Bleckmann, para o qual, a solução para esta questão deve partir de um genuíno princípio de Direito Constitucional devido ao fato de que o direito fundamental é distinto de todos os outros direitos subjetivos¹⁷⁴.

Entretanto, a autora ao estudar os aspectos mais relevantes na área civilista, busca, pelo menos no ordenamento português, as regras relativas à limitação voluntária de direitos de personalidade devido ao fato de que estes são considerados o correspondente privado para a tutela de certo bens de personalidade pela Constituição. A doutrina portuguesa entende que

¹⁷¹ Op. cit. p. 229

¹⁷² MAC CRORIE, Benedita. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 2013. p.118

¹⁷³ No direito penal, uma das causas da exclusão de ilicitude é pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito nos crimes de ação privada (artigo. 107, V Código Penal).

¹⁷⁴ MAC CRORIE, op. cit. p. 119. Nota de rodapé 399.

apesar de haver zonas de coincidência, direitos fundamentais e direitos de personalidades são realidades distintas, enquanto direitos fundamentais pertencem ao domínio do direito Constitucional, os de personalidade pertencem ao Direito Civil.

Conforme ensinamentos de Adriano de Cupis ¹⁷⁵, têm-se defendido que a irrenunciabilidade dos direitos de personalidade não impede a relevância do consentimento do lesado que poderá ser dado a uma ou mais pessoas legitimando a lesão do direito sem que tal implique na sua extinção.

Também nesse sentido, Menezes Cordeiro entende que os direitos de personalidade, enquanto direitos subjetivos traduzem-se por posições de liberdade reconhecidas ao seu beneficiário, pelo que devem se considerar disponíveis ¹⁷⁶.

Observa a autora que no direito privado, o consentimento para a limitação voluntária exprime-se através de uma declaração negocial, sendo portanto, aplicáveis o princípio da liberdade das formas e da liberdade declarativa. Observa também que tal declaração poderá ser anulada ou ser objeto de nulidade fundamentado nos vícios da vontade ¹⁷⁷.

Observa ainda que tem-se entendido que o consentimento para a limitação voluntária não merece a proteção que usualmente se dá no domínio dos negócios jurídicos admitindo-se a livre revogabilidade do consentimento a todo o tempo ¹⁷⁸.

No direito penal o consentimento é causa de exclusão de ilicitude e no ordenamento português constitui ato de autodeterminação se traduzido por uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido ¹⁷⁹.

Do exposto anteriormente, parece fazer sentido para a autora procurar um conceito de declaração negocial adequado ao direito constitucional, entretanto não se pode aplicar diretamente à renúncia as regras do direito civil, uma vez que torna-se necessário atender a especificidade não só dos interesses que estão em jogo na renúncia como também da situação

¹⁷⁵ CUPIS, Adriano. *Os direitos de Personalidade*. 1961. p. 53-54.

¹⁷⁶ CORDEIRO, Antonio Menezes. *Tratado de direito civil português*. Vol. I, Tomo III, Parte Geral, p. 107 apud MAC CRORIE, op. cit. p. 121

¹⁷⁷ PINTO, Paulo Mota. *A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*. p. 540. apud MAC CRORIE. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*. p. 122

¹⁷⁸ PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*. p. 154. apud MAC CRORIE, op., cit. p. 122

¹⁷⁹ Artigo 39, 2º do Código Penal Português. No Brasil vide artigo 107, V do Código Penal.

de desigualdade em que se encontra quem renuncia e quem se beneficia dela, ou ainda a relevância das consequências jurídicas produzidas na dignidade humana.

Então, como consequência a renúncia poderá apresentar alguns desvios às regras civis concernentes à declaração negocial.

Conclui a autora que a renúncia só poderá ser admitida se for resultado de uma vontade livre, esclarecida, isenta de erro e inequívoca.

Entretanto, reconhece a autora que o problema esta em determinar o quão voluntário é suficiente voluntário. Torna-se necessário examinar a ausência de coação, quer seja física, moral ou mesmo econômica.

No mesmo sentido, Gerd Sturm¹⁸⁰ defende, que a rigor, só se pode falar em renúncia a direitos fundamentais quando se verificar um consentimento verdadeiramente livre. Para ele, só o cidadão que pode escolher não carece de proteção contra intervenções estatais ou de terceiros. Entende uma renúncia a direitos fundamentais só pode ser livre e relevante em termos de direito constitucional quando se reconheçam verdadeiras alternativas de comportamento à autovinculação como emanção da autonomia do cidadão.

A crítica que se faz a este posicionamento é em relação ao fato de que poderá haver situações em que o cidadão se encontre em uma posição de vulnerabilidade e mesmo assim não haver motivo para invalidar a renúncia. Pode ser que nesses casos, a renúncia seja a única alternativa para conseguir a realização de seus fins pessoais.

Nesse sentido, George Sher¹⁸¹, entende que ter poucas opções não elimina a autonomia porque mesmo alguém com poucas opções pode ter uma boa razão para determinada escolha, como preferível, em detrimento de outras.

Para a autora, o conceito de voluntariedade deve então ser adaptado a circunstâncias especiais, distinguindo situações em que devem ser aplicados a atos ou escolhas que têm lugar em circunstâncias normais e entre aqueles que se devem aplicar quando esteja em causa um contexto específico, como por exemplo, uma pessoa estiver internada em um hospital. Nesse contexto que, aparentemente normal a pessoa pareça não ter alternativas de escolha,

¹⁸⁰ MAC CRORIE, op. cit. p. 129

¹⁸¹ SHER, George. *Beyond Neutrality, Perfectionism and Politics*. p. 50. apud MAC CRORIE, op. cit. p. 129, notas de rodapé 442

considerando-se sua situação concreta, ainda assim, poderá ser entendida que essa escolha é voluntária.

Observa a autora que é importante verificar se a pessoa renunciou a um direito porque considera que a renúncia a conduzirá a seus objetivos pessoais, ou o fez porque não teve outra opção. Em casos extremos a renúncia só produzirá efeitos quando objetivamente traduzir em vantagem para quem renuncia.

Segundo Mac Crorie, há doutrinadores que entendem que a renúncia não deve ser encarada como uma verdadeira manifestação de autonomia individual quando a decisão de renunciar esteja condicionada por necessidades econômicas, por entenderem que neste caso a pessoa não procura o seu desenvolvimento através dela, mas apenas resolver uma difícil situação econômica. Para estes autores, a mercantilização do direito é que torna a operação suspeita.¹⁸²

Não é esta a posição da autora com a qual concordamos; apesar de haver situações que a renúncia traga vantagens materiais, ela ainda assim, traduz uma escolha estritamente voluntária.

Ainda é condição da renúncia e seu último quesito a capacidade para uma determinação livre da vontade, pois é indispensável que quem consente tenha capacidade para fazê-lo.

Mais uma vez busca a citada autora a maneira pela qual essa questão é resolvida no direito penal e no direito civil. Relata que no direito penal português, o consentimento será eficaz se a pessoa tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o alcance e o sentido de sua renúncia. Sustenta-se também que se o incapaz for suficientemente maduro seria ele e não seus representantes a dar o consentimento uma vez que o que está em jogo é a limitação de direitos que tutelam bens pessoais.

Com base nos trabalhos desenvolvidos por André Gonçalo Dias Pereira¹⁸³, que iremos detalhar posteriormente quando tratarmos da renúncia ao direito de personalidade, sobre um regime específico para a limitação de direitos de personalidade, a autora, julga fazer sentido

¹⁸² MAC CRORIE, op. cit. p. 131

¹⁸³ PEREIRA, Andre Gonçalo Dias. *A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica*. In *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Vol. II*. Coimbra:Coimbra Editora, 2006

que a capacidade para consentir em uma renúncia não tem de coincidir necessariamente com a capacidade negocial.

Para a autora faz sentido estabelecer como critério a maturidade, a compreensão o tipo de intervenção e a capacidade de ponderar as vantagens e as desvantagens dessa intervenção. Disso decorre que pessoas com capacidade negocial terão, em regra, capacidade para renunciar. A maioridade deve ser considerada apenas um indício da capacidade. Os maiores de 16 anos serão capazes de consentir, desde que compreendam o sentido e o alcance de sua decisão. Observa ainda que nos casos em que os pais consentem em nome dos filhos menores, não se está perante uma situação de renúncia propriamente dita.

4 Direitos da personalidade

O início da trajetória dos direitos da personalidade foi marcada pela firme objeção à sua teorização por parte de Savigny que não admitia a possibilidade de um sujeito de direito ser ao mesmo tempo sujeito e objeto de seu próprio direito. Para Savigny isso implicava na legitimação do suicídio. Isso mostra como o trajeto para se firmar os direitos da personalidade foi árduo.

4.1 Evolução dos direitos da personalidade

Lacerda¹⁸⁴ relata-nos que Roma foi o berço de onde resultou toda a evolução condutiva aos direitos da personalidade, visto que no seu período arcaico e monárquico a tutela dos direitos da personalidade, notadamente em casos de morte, ofensas corporais, rapto, etc, ocorria pela vingança privada.

Relata Szaniawski¹⁸⁵ que na doutrina tradicional a expressão personalidade, no direito Romano, restringia-se aos indivíduos que reunissem três status: *status libertatis*, *status civitatis* e o *status familie*. Dessa forma, quem não possuísse o status libertatis (liberdade), não poderia possuir os outros dois. Por exemplo, os escravos que não possuindo liberdade, não tinham personalidade, apesar de serem humanos.

Somente após a instauração da República e a codificação de costumes na lei das XII Tábuas ocorre uma espécie de tutela da personalidade através do *ius civile*. A diferença com o período anterior é que mesmo que a sanção para as ofensas ainda fosse através da vingança privada, esta necessitava de uma sentença pública nesse sentido. Havia uma divisão entre lesões leves e lesões graves, onde nas primeiras geralmente prescreviam-se uma pena pecuniária e às últimas exigiam-se uma distinção entre ofensas à personalidade física e personalidade moral ou até nas ações dolosas e culposas.

Mas, a lei das XII Tabuas não era suficiente e, para sanar estas deficiências a atividade jurisprudencial foi de grande importância, notadamente quanto ao uso das *actiones praetoriae*, a quem se deve a criação da *actio iniuriarum* que visava uma tutela genérica das

¹⁸⁴ LACERDA, Dennis Otte. *Direitos da personalidade na contemporaneidade*. 2010. p.22

¹⁸⁵ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 1993. p. 15

peçoas. A *actio iniuriarum* protegia não apenas a peçoas, mas também as tutela em suas relações concretas.

Szaniawski¹⁸⁶ relata que Castan Tobenãs adverte que no direito romano não havia a proteção da personalidade individual de maneira sistemática, tal como a temos hoje. A tutela ocorria através de manifestações isoladas, tal como através das *actio iniuriarum* quando houvesse ofensa através de injúria. Em relação a esta, Ihering afirmava que inicialmente tutelava somente as ofensas contra a vida e a integridade física, evoluindo posteriormente a jurisprudência no sentido de tutelar as ofensas injúrias

Como bem acentua Chiusi¹⁸⁷, a sociedade romana era individualista e o respeito à honra pessoal era socialmente muito importante.

Chiusi traz como exemplo que na Lei das XII Tabuas encontrava-se regulada que uma *iniuria* implicava no pagamento de uma multa de 25 Ás. Como comparação, a quebra de um osso de um homem livre tinha uma multa de 300 Ás, e de um escravo, 150 Ás.

A *iniuria* para os juristas romanos configura-se como um insulto ou uma diminuição verbal da outra parte. Dessa forma, classificam-se como tal, as ofensas e as lesões corporais leves, como por exemplo, uma bofetada.

Entretanto, a fixação de uma multa em um valor fixo, mostrou-se inconveniente, visto um episódio relatado por Aulus Gellius onde um cidadão denominado L. Veratius caminhava em direção ao Fórum e a cada peçoas que encontrava, dava-lhe uma bofetada. Atrás dele, vinha seu escravo com uma bolsa de dinheiro que imediatamente indenizava a vítima.

Esse episódio induziu o pretor a uma nova *actio iniuriarum* que permitia ao juiz fixar a multa pecuniária conforme as circunstâncias do caso concreto.

Também se aplicam a Lex Aquilia de Danno entre 289 e 286 a.C e a Lex Cornelia do mesmo período.

As Institutiones de Justiniano, no século VI, relaciona a injúria com tudo que não seja juridicamente regular, como por exemplo, afronta injúria à peçoas, desprezo, culpa, injustiça.

¹⁸⁶ SZANIAWSKI, op. cit. p. 21

¹⁸⁷ CHIUSI, Tiziana. *A dimensão abrangente do direito privado romano*. 2007. p. 25

Lacerda¹⁸⁸ relata que desta maneira a tutela da personalidade já estava consignada no Direito Romano, com a clara ideia de defesa das pessoas, e esta concepção é mais explícita com o humanismo cristão que resulta do Cristianismo.

Com a queda do Império Romano e a instituição do feudalismo verifica-se uma regressão que somente é detida com o renascimento do direito romano a partir de Bolonha, no século XII, que mantém as características do *actum iniuriarum*. Foi nesta mesma Idade Média que surgiu São Tomas de Aquino que lança as bases para o reconhecimento na Modernidade de um direito geral da personalidade.

Da noção da *actio iniuriarum*, que tinha como finalidade tutelar às vítimas de ofensas à personalidade humana, surgiu nos séculos XVI e XVII o conceito de *ius imaginis* referente à titularidade do direito da pessoa sobre o seu próprio corpo, ou seja, um direito cujo objeto seria a própria pessoa.

Lacerda¹⁸⁹ cita Menezes Cordeiro para quem os textos de Hugo Donellus podem ser considerados uma certidão de nascimento dos modernos direitos da personalidade. Este considerava que quanto aos direitos que são nossos, parte recai sobre a própria pessoa e parte sobre coisas externas. Os primeiros ligam-se ao estado da pessoa envolvendo a vida, a integridade do corpo, a reputação, a liberdade.

Para Menezes Cordeiro o triunfo das ideias individual-contratualista de John Locke e do sistema antropocêntrico do Direito Natural fez localizar os direitos subjetivos numa dicotomia indivíduo/Estado, onde os direitos seriam originários, inatos, derivados de um direito natural que pelo seu reconhecimento no direito positivo transformaram-se em direito subjetivos tutelando uma reserva que os privados impunham que o Estado respeitasse. Esclarece ainda que os direitos sobre a pessoa mantiveram-se sucessivamente nos obras jurseracionalistas sem ter sido aproveitadas dogmaticamente.

Capelo de Sousa¹⁹⁰, entende que o jusnaturalismo ao fechar o homem em si mesmo, em razão da absolutização da razão individual, fez com que o *ius in se ipsum* (direito sobre a própria pessoa) fosse entendido como um mero poder da vontade individual reivindicado apenas em face do Estado e não em relação aos demais indivíduos.

¹⁸⁸ Op.cit. p. 23

¹⁸⁹ CORDEIRO, Antonio Menezes. *Tratado de direito civil Português*. T3. p. 33. apud LACERDA, p. 24

¹⁹⁰ SOUSA, Rabindranath V. A Capelo de. *O direito geral de personalidade*. apud LACERDA. p. 25

Nas palavras de Lacerda, as hesitações da doutrina acerca da existência dos direitos da personalidade surgiram com os posicionamentos da Escola Histórica e posteriormente do Positivismo Jurídico sobre o direito geral de personalidade a partir do entendimento do *ius in se ipsun*.

Maior representante desta época, Savigny, e a maior parte da Escola Histórica Alemã, evidenciam a raiz historicamente existencial da personalidade por contraponto à índole apriorística dos direitos fundamentais.

Savigny, em contraponto a Puchta, é apresentado como um negativista em termos de direito da personalidade, pois enquanto Puchta, defendia a existência de um direito geral da personalidade, Savigny defendia que a tutela da pessoa seria conseguida através de múltiplos direitos. A inviolabilidade da pessoa humana seria o fundamento último de toda essa proteção, que seria em sua concepção, obscurecida, através de construção de direitos sobre a própria pessoa. Savigny não discorda de uma tutela da pessoa, mas sim, duvida essencialmente da viabilidade da categoria de direito da personalidade para a efetivar.

Menezes Cordeiro¹⁹¹, entende que a rejeição de Savigny justifica-se pela dificuldade de a arrumar sistematicamente no direito alemão antes do BGB, ou seja, do direito alemão ainda não codificado, pois não havia conceitos tais como o de capacidade de direitos e direitos da personalidade aptos a justificar a categoria.

A Escola Histórica tinha então o entendimento de que os direitos da personalidade não seriam direitos subjetivos, uma manifestação do poder da vontade, mas somente o reflexo do direito objetivo que tutelaria determinadas situações que envolvessem a personalidade.

O direito subjetivo era entendido somente como o poder jurídico de uma pessoa sobre um objeto. É neste contexto histórico que surge a negativa de um direito geral da personalidade.

Lacerda¹⁹² citando Gediel relata que nesta perspectiva, no final do século XIX, foi formulado o conceito de direitos personalíssimos de caráter extrapatrimonial, o que levou a se aceitar a noção de direitos da personalidade, reconhecendo-se neles o vínculo entre os

¹⁹¹ CORDEIRO, Antonio Menezes. *Tratado de direito civil português*. Parte Geral. Tomo 3. Pessoas. apud, LACERDA, p. 27

¹⁹² LACERDA, p. 30

indivíduos e os prolongamentos de sua personalidade, corpóreos ou incorpóreos, juridicamente definidos como bens da personalidade.

Capelo de Sousa¹⁹³ relata que o positivismo jurídico ao tentar transformar o Direito em uma verdadeira ciência, separou os juízos de valor dos juízos de fato e concebeu o Estado como única fonte criadora do Direito, implicando que o direito geral de personalidade foi fragmentado com diversos direitos de personalidade autônomos tipificados em lei, visto que a tutela jurídica somente ocorria através do direito positivo e devido ao fato de que apenas alguns direitos especiais de personalidade tinham relevância.

Szaniawski¹⁹⁴ constata que a Escola Histórica do Direito ao negar a existência de uma categoria jurídica visando proteção da personalidade e o positivismo jurídico reconhecendo como única fonte de direito a proporcionada pelo Estado, contribuíram decisivamente para a estagnação da evolução da tutela da personalidade humana e do declínio do direito geral da personalidade.

Isto implica que o direito da personalidade passou por um período de letargia até meados do século XX, sendo que neste período a proteção contra os desmandos do poder público foi obtida através da atuação dos direitos fundamentais contidos nas declarações internacionais e positivada nas constituições. Sob o aspecto privado a tutela ocorria através de uns poucos direitos da personalidade tipificados em lei.

O Renascimento representou a libertação do espírito crítico do homem, antes sufocado pelo dogmatismo teológico e o século XVII e XVIII viu nascer um novo sistema econômico com a ascensão de uma nova classe política com uma nova filosofia: a burguesia como expressão do poder econômico, calcada na expansão das atividades mercantis.

A burguesia como a nova classe dominante da sociedade fez uso do Direito para impor à sociedade seu domínio, tornando-se assim o único membro do corpo social a ser sujeito de direitos.

Nessa época a estrutura e o funcionamento do Estado era regrada pelo Direito Público enquanto o funcionamento da sociedade civil era disciplinada pelo Direito Privado. Com essa divisão não havia impedimento para o desenvolvimento da vontade particular da nascente

¹⁹³ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. p. 81. apud. LACERDA, op. cit. p. 30-31

¹⁹⁴ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. p. 43-44

classe da burguesia. O ápice desse momento foi a ampla sistematização do Direito Privado levado a cabo pelo Código de Napoleão em 1.804 dando início a denominada “era da codificação”.

O ambiente do qual surgiram as codificações teve como marca as ideias das revoluções burguesas onde predominava a igualdade formal para se garantir o sistema econômico vigente, formando-se um modelo de sistema fechado, blindado para a intervenção do Estado na vida privada, onde a autonomia da vontade deveria ser garantida pelo princípio da igualdade formal.

Verificava-se uma excessiva preocupação com o patrimônio; já a liberdade dos indivíduos perante o Estado era representada pela propriedade, sendo que esta constituía no próprio fundamento da propriedade pois a liberdade concretizava-se no dispor, fruir, transferir e fazer circular a propriedade.

O direito privado da primeira codificação era centrado na tutela da propriedade e não deixava espaço à positivação dos direitos da personalidade.

A ideia da personalidade humana somente era mais um bem jurídico do qual o homem era o legítimo proprietário, consolidando-se dessa forma a proteção dos direitos da personalidade baseado na patrimonialidade destes direitos.

Tepedino¹⁹⁵ relata que a preocupação com a pessoa humana, iniciada com as declarações de direitos a partir da necessidade de resguardar o cidadão contra o arbítrio do Estado Totalitário, limitava-se à integridade física e a algumas garantias políticas, não havendo no direito privado algum sistema de proteção aos direitos de personalidade.

Bittar¹⁹⁶ relata que as primeiras leis acerca dos direitos da personalidade são a belga de 1.886 e a romena de 1.895 sobre direitos autorais e direito ao nome.

Lacerda relata que Judith Martins-Costa¹⁹⁷ entende dever-se a George Karl Neur em 1866, a expressão direito da personalidade, que apesar de fiel a doutrina de Savigny, foi quem primeiro mencionou um direito da personalidade, sendo também pioneiro ao relacionar esse direito da personalidade a um direito fundamental.

¹⁹⁵ TEPEDINO, Gustavo. *A Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. p. 34

¹⁹⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. p. 33

¹⁹⁷ LACERDA, p. 35

A sistematização dos direitos da personalidade deve-se ao trabalho de Otto von Gierke, em 1.895, que foi quem primeiro identificou esses direitos subjetivos especiais que decorrem do fato de ser pessoa

O surgimento da teoria da personalidade, elaborada por Neuer e sistematizada por Gierk objetivou a criação de formas de proteção que suprisse a lacuna deixada pelos direitos fundamentais, tais como os relativos a honra, intimidade, saúde, integridade física e a vida privada.¹⁹⁸

A Europa, após a segunda guerra mundial, viu surgir uma consciência dos riscos da diminuição da pessoa humana especialmente devido ao fato de que o desenvolvimento tecnológico experimentado no pós-guerra trouxe como consequência inúmeras alterações na vida do cidadão comum.

Para Francisco Amaral¹⁹⁹ a tutela dos direitos da personalidade no pós-guerra foi paulatinamente sendo associada à questão da inviolabilidade da pessoa que estava garantida nos documentos internacionais sobre direitos humanos.

Capelo de Sousa²⁰⁰ relata que nos meados do século XX o Estado Liberal começa a sofrer as consequências da insuficiência de seus mecanismos com o surgimento de nova técnicas de publicidade, alto índice de informação, a utilização da informática para a coleta de dados pessoais, a pressão do consumismo, agressividade e competição nas relações intersubjetivas, levou o homem a pretender e resguardar para si um território de ação no qual pudesse proteger-se e afirmar-se no meio social, e mais, o homem passa a exigir um direito a diferença, que contemple a especialidade.

Outra questão que ainda debatem alguns doutrinadores é se os direitos da personalidade derivam do sistema jurídico ou ao contrário, do caráter de faculdades inatas e fundamentais do homem e o ordenamento jurídico só pode proclamá-los e reconhecê-los, mas não determinar sua existência.²⁰¹

¹⁹⁸ LACERDA, p. 36

¹⁹⁹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. p. 246. apud LACERDA, p. 41

²⁰⁰ SOUZA, Rabindranath V. A. Capelo de. *Direitos da personalidade*. p. 84. apud, LACERDA, p. 42

²⁰¹ SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*. 2003. p. 10

Entre os que sustentam a segunda posição, Silva relaciona Carlos Alberto Bittar para quem “existem antes e independentemente do direito positivo, como inerentes ao próprio homem, considerado em si e em suas manifestações, a inserção em códigos ou em leis vem conferir-lhes a proteção específica e mais eficaz – e não lhes ditar a existência – desde que identificados e reconhecidos, em vários sistemas, muito antes mesmo de sua positivação”.

Deve-se a Escola do Direito Natural a construção dos denominados direitos naturais ou inatos, mas na época atual, considerando a forma de organização política, a estrutura de nossa sociedade, parece ser apenas possível reconhecer como direitos aqueles que o ordenamento jurídico pode assegurar, e conferir proteção adequada.

Atualmente, considera-se que o objeto dos direitos da personalidade são projeções físicas ou psíquicas da pessoa, ou as suas características mais importantes. As projeções da personalidade, suas expressões, qualidades ou atributos são bens jurídicos e se apoiam no direito positivo. Eles são uma categoria especial de direito. Através deles protege-se a essência da pessoa e suas principais características. Em resumo, os objetos do direito de personalidade são os bens e valores considerados essenciais para o ser humano.²⁰²

Desfaz-se então a confusão: não há sobreposição entre sujeito de direito e objeto de direito. Não é a personalidade o objeto dos direitos de personalidade, mas algumas qualidades, expressões ou projeções dela.

São eles próprios do ser humano, direitos que são próprios da pessoa, como por exemplo, o direito a vida, o direito à integridade física e psíquica, a integridade intelectual, ao próprio corpo, à intimidade, à privacidade, à liberdade, à honra, à mensagem, ao nome, dentre outros.

Roxana²⁰³, diz que os direitos de personalidade não são *numerus clausus*; eles continuam em contínua expansão, constituindo uma série aberta. Nesse aspecto a doutrina italiana fala em um direito geral de personalidade que abarca todas as espécies de direitos de personalidade, presente e futuras.

Aduz que à medida que a sociedade torna-se mais complexa, até mesmo por consequência dos desenvolvimento tecnológicos, novas violações surgem e conseqüentemente novas situações demandam proteção jurídica.

²⁰² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2009. p. 20

²⁰³ Op. cit. p. 21

Em relação aos direitos de personalidade há na doutrina duas correntes: a pluralista e a monista. Para a monista, há um direito geral de personalidade que tem como conteúdo a pessoa humana em seus vários aspectos, mas reunidos numa unidade e para a pluralista uma pluralidade de direitos de personalidade autônomos entre si.

No mesmo sentido, Perlingieri²⁰⁴, diz que distinguem-se duas concepções: uma que tende a reconhecer um direito geral da personalidade e outra que sustenta a existência de uma pluralidade de direitos da personalidade, a que ele denomina de atomísticas, e dentro destas, há aquelas que consideram a existência de uma série aberta de direitos(atipicidade) ou fechada (tipicidade) que se diferenciam apenas pelas opções ideológicas e culturais.

Perlingieri diz que na maioria das vezes afirma-se que os direitos da personalidade são típicos, ou seja, fora das hipóteses expressamente previstas, ou pelo código civil, ou pelas leis especiais, ou pela Constituição, não existiriam outras.

Borges, cita que Francesco Galgano²⁰⁵, filiado a corrente pluralista, concebe-a numa forma de série aberta de direitos, existindo, portanto diversos direitos de personalidade.

Mesmo dentro da corrente pluralista, há divergência entre aqueles que entendem ser os direitos de personalidade exemplificativos e aqueles que entendem ser taxativos, com previsão legal específica.

Os direitos da personalidade tanto no Brasil (artigos 11 a 21) como em Portugal (artigos 70 a 81) encontram seu âmbito normativo no Direito Civil, o que implica o reconhecimento de que as normas do código civil fornecem os meios primários de vinculação dos particulares sem necessidade de recorrência permanente ao texto constitucional para sua concretização.

Os seguidores da teoria do direito geral de personalidade advogam ser impossível uma visão privatística dos direitos de personalidade que os desvinculem da categoria ampla de direitos do homem. Para eles a ordem jurídica deve ser entendida como um todo.²⁰⁶

²⁰⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil. Introdução ao direito civil constitucional*. p. 154

²⁰⁵ BORGES, Roxana. p. 26

²⁰⁶ SZANIAWSKI, op. cit. p. 29

A teoria do direito geral de personalidade desenvolveu-se na Alemanha a partir das teses de Gierke Koehler que se pronunciaram a favor da existência de um único e genérico direito de personalidade.

A teoria do direito geral de personalidade tem sua fundamentação no fato de que dada a variedade de tipos de lesões aos direitos da personalidade, torna-se necessária a proteção dos indivíduos através de uma espécie de direito-quadro (Rahmenrecht) de caráter aberto, que permita abarcar hipóteses não previamente reguladas em tipos legais específicos.²⁰⁷ Relata Roxana Borge²⁰⁸ que a doutrina italiana fala de um direito geral de personalidade que contemple todas as espécies de direitos de personalidade, presentes e futuros.

Ela se opõe a denominada doutrina tradicional que afirma que os direitos fundamentais originários devem apenas se tornar pretensões de defesa contra ataques às pessoas oriundas do Estado.

Relata Jorge Miranda²⁰⁹ que em Portugal há divergências quanto á aceitação da ideia do direito geral da personalidade notadamente entre a Escola de Direito de Coimbra²¹⁰ que a aceita e a Escola de Direito de Lisboa²¹¹ que é majoritariamente contrária ao seu reconhecimento.

No Brasil a aceitação do direito geral de personalidade deve-se a influência da obra de Adriano de Cupis e, basicamente, fundamenta-se em: a) há posições que admitem extrair do art. 1º, III (dignidade da pessoa humana) o fundamento para uma cláusula geral de tutela da pessoa humana; b) há os que admitem que o código civil de 2002 ao optar por tratar dos direitos em espécie, não impediu o desenvolvimento da matéria pela jurisprudência e pela doutrina, em ordem ao reconhecimento de outros direitos com base na dignidade humana; c) ainda segundo outros autores, o artigo 12 do código civil é a sede *materiae* do direito geral da personalidade²¹²

²⁰⁷ MIRANDA, Jorge et al. *Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado*. In MIRANDA, et al. *Direitos da personalidade*. p. 17

²⁰⁸ Op. cit. p. 24

²⁰⁹ Op. cit. p. 18

²¹⁰ Ver obra de Rabidranahth Valentino Aleixo Capelo de Sousa da Escola de Coimbra

²¹¹ Jose de Oliveira Ascensão da Escola de Lisboa

²¹² MIRANDA, op.cit. p. 19

Relata Szaniawski²¹³ que o grande obstáculo levantado pelos opositores foi a afirmação da existência de uma suposta dificuldade em estabelecer-se os limites deste direito, pois sendo um direito ilimitado não seria segura sua aplicação.

No mesmo sentido, Lotufo²¹⁴, relata que este surgiu na Alemanha por ocasião do fim da II Guerra Mundial, mas que a aceitação deste não é unânime. O grande obstáculo dessa aceitação é a existência de uma suposta dificuldade de estabelecer os limites desse direito. Argumentam que por ser um direito ilimitado sua aplicação não é segura.

Para Ascensão²¹⁵, da escola de Lisboa, o direito geral de personalidade traria algumas desvantagens, pois como consequência da extensão de seu conteúdo, ele pode acabar surpreendendo terceiros pelas consequências que podem ser extraídos em um caso concreto. Além disso, continua Ascensão, a aplicação a partir da figura geral, nos casos não expressamente previstos em lei, não favorece a tipificação da modalidade de intervenção e abala a segurança jurídica.

A doutrina brasileira não acata a taxatividade dos direitos de personalidade. Para tanto, basta ver a crescente lista de direitos de personalidade apresentada pelos autores.

De uma maneira geral os direitos de personalidade são considerados extrapatrimoniais, inalienáveis, impenhoráveis, imprescritíveis, irrenunciáveis, indisponíveis, inatos, absolutos, necessários, vitalícios. Não são suscetíveis de avaliação pecuniária; não podem ser transmitidos a outrem; sendo inerentes à pessoa, não podem ser renunciados; não se extinguem com o tempo; enquanto for viva a pessoa é titular de todas as expressões dos direitos de personalidade; não estão sujeitos à execução forçada.²¹⁶

Essa posição tradicional tem sofrido reiterados abalos visto que há autores que entendem haver uma flexibilização, ou seja, uma disponibilidade relativa dos direitos de personalidade. Outros são ainda mais incisivos e entendem poder haver uma verdadeira renúncia aos direitos de personalidade. No primeiro caso, iremos analisar o trabalho efetuado por Roxana Cardoso B. Borges²¹⁷ que defende uma disponibilidade relativa dos direitos de

²¹³ SZANIAWSKI, op. cit. p. 61

²¹⁴ LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. Vol 1. Parte geral. p. 56

²¹⁵ ASCENSÃO, Jose de Oliveira. *Direito Civil: teoria geral*. p. 78-79 apud MAZUR, Mauricio. *A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais*. p. 29-30

²¹⁶ BORGES, Roxana, op. cit. p. 33

²¹⁷ BORGES, Roxana. op. cit. p. 112

personalidade e no segundo caso, à que nos filiamos, analisaremos posições da doutrina estrangeira e alguns poucos doutrinadores nacionais.

4.1 A questão econômica dos bens da personalidade

Já vimos que os direitos da personalidade tradicionalmente são caracterizados como bens não patrimoniais, ou seja, não suscetíveis de serem avaliados em dinheiro. Entretanto verifica-se cada vez mais, não só em nosso ordenamento como em outros estrangeiros, o aproveitamento econômico dos bens de personalidade, como por exemplo na utilização da imagem para fins publicitários. Nota-se em nossos dias que esta atividade assume dimensões cada vez mais significativas, razão dessa breve análise.

Entretanto, antes de iniciarmos a análise econômica, devemos sempre ter em mente a advertência de Perlingieri de que a economia não é fonte normativa e que o Direito não é reduzível à linguagem econômica. Para ele, o direito moderno da economia deve levar em consideração as leis de mercado, mas também deve propor intervenções de política do direito orientadas a realizar a justiça e os valores de quem “é”, mas não possui.²¹⁸

Elsa Dias de Oliveira relata que este aproveitamento econômico pressupõe um bem de personalidade que tem inquestionável natureza pessoal. A articulação entre as vertentes pessoais e patrimoniais do bem de personalidade é uma questão que se coloca em vários ordenamentos jurídicos e que são tratados de formas distintas, ora como um *sistema dualista*, onde se identificam dois direitos distintos, ora como um *sistema monista* que dentro do mesmo direito de personalidade distingue as faculdades²¹⁹ respeitantes ao aproveitamento econômico e ao aproveitamento pessoal.²²⁰

No sistema dualista veremos o modelo “*right of publicity*” norte-americano que por ser pioneiro no aproveitamento comercial dos bens de personalidade, justifica o seu estudo.

Observa-se, no entanto, que apesar de sua inegável importância e do papel de vanguarda, seria um erro considerar que a construção doutrinária americana tivesse sido desenvolvida alheia aos debates travados ao redor do mundo sobre a proteção da vida privada

²¹⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil*. p. 64

²¹⁹ O termo “faculdades” é utilizada pelo prof. Antonio Menezes Cordeiro significando um conjunto de poderes ou outras posições ativas unificado numa designação comum.

²²⁰ OLIVEIRA, Elsa Dias. *Da responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em direito internacional privado*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 104

frente as ingerências indevidas. Autores como James Whitman ressalvam as fortes influências das ideias advindas da Europa continental²²¹

4.1.1 Sistema dualista

Trata-se de um sistema que trata os bens de personalidade sob duas vertentes: uma relativa a seu aproveitamento comercial e outra relativa a sua componente pessoal.

Devido a sua importância iremos estudar o *Right of publicity* americano que possibilita a uma pessoa que controle a utilização comercial de suas próprias características de identidade protegendo os interesses matérias de seu direito à exploração dos valores da sua personalidade.

O *right of publicity* baseia-se no *right of privacy* que foi inicialmente citado no artigo de Warren e Brandeis publicado no Harvard Law Review em 1.890 que em síntese é tratado como um dos ensaios mais influentes no direito americano e considerado o primeiro artigo a defender o direito à privacidade através da defesa de um “*right to be alone*” (direito de ser deixado em paz).

Os autores iniciam seu artigo²²² alegando que é um princípio fundamental o indivíduo ter proteção total da pessoa e da propriedade e que é comum de tempos em tempos que se defina a exata natureza e extensão de tais proteções.

No quarto parágrafo do citado artigo Warren and Brandeis dizem que as recentes invenções e os métodos de negócios reclamam atenção ao próximo passo que deve ser tomado para a proteção da pessoa, é aquilo que o Juiz Cooley denomina de “*right to be alone*”, ou seja, a necessidade da lei comum se adaptar para proteger as individualidade das pessoas. Caracteriza dizendo que as fotografias instantâneas, as empresas jornalísticas com sua ampla circulação, têm invadido o sagrado recinto da privacidade e da vida doméstica das pessoas. Denuncia que a imprensa está ultrapassando os limites do decoro e da decência, que a fofoca tornou-se um comércio, e que estes só podem ser obtidos através da intromissão sobre o círculo interno.

No sexto parágrafo os autores consideram se a lei existente proporciona um princípio que possa ser propriamente invocado para proteger a privacidade das pessoas e, caso ocorra,

²²¹ BENTES, Hilda Soares; VIEIRA, Jose Ribas, et al. *Direitos à intimidade e a vida privada*. 2011. p. 104

²²² WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *The Right to Privacy*. p. 193

qual a extensão e a natureza de tal proteção. Examinando a lei de calúnia e difamação concluem que estas leis não são suficientes para proteger a privacidade do indivíduo porque trata apenas com danos a reputação onde a injúria é efetuada contra o indivíduo em sua relação externa com a comunidade, denegrindo-o em sua estima perante seus colegas. Continua expondo que o efeito que a publicação sobre sua autoestima e sobre seus sentimentos não formam um elemento essencial na causa da ação envolvida.

A seguir, ao analisar a lei de propriedade intelectual concluem que a proteção conferida por ela aos pensamentos, sentimentos e emoções expressa através da escrita ou das artes, consiste apenas em impedir a publicação e nada mais é do que apenas uma instância da aplicação do direito mais geral do indivíduo de ser deixado em paz.

Em seguida, Warren e Brandeis discutem o denominado “*right to be alone*” (direito de ser deixado em paz), explicando que o direito de propriedade é que fornece a base do direito de impedir a publicação. Isto parece claro quando se trata apenas de literatura ou composições artísticas. A dificuldade aparece quando o valor surge não nos lucros de uma publicação, mas sim, na paz mental, ou no conforto proporcionado pelo impedimento de uma publicação. Ou seja, a lei, ainda não reconhecia a ideia de que havia um valor na prevenção de uma publicação.

Ao comentar o resultado de uma ação entre Príncipe Albert vs. Strange, a corte proibiu não só a reprodução, mas também a publicação das gravuras que o autor e a rainha Vitória tinham feito para seu próprio prazer, com base na proteção da propriedade, relatam que examinando atentamente revela a existência de outros direitos não especificados, ou seja, o direito de ser deixado em paz.

Dessa forma, chega-se à conclusão de a proteção proporcionada a sentimentos e emoções expressos através da escrita ou das artes, consistindo no impedimento de publicação é somente uma instância de um direito mais geral que é o direito de ser deixado em paz.

A controvérsia gerada pelo *right of privacy* implicou em uma evolução doutrinária e jurisprudencial pouco tranquila, pois em 1.902 no caso Roberson vs. Rochester Folding Box Co, o New York Court of Appeals rejeitou a queixa de uma mulher que teve sua imagem utilizada sem autorização em 25.000 cartazes publicitária de uma marca de farinha, com base na falta de precedentes de caráter psicológico dos danos. Mas em 1.905 a Suprema Corte de Georgia no caso Pavesich vs. New England Life Ins. Co , no caso onde foi divulgada a foto de uma

pessoa em um anúncio de seguro de vida, sem o seu consentimento, reconheceu o *right of privacy* entendendo que por violá-lo era passível de indenização.

Em relação à figura pública, a jurisprudência americana teve alguma dificuldade em reconhecer o *right of privacy* por entender que o uso não autorizado de elementos da identidade não configurava violação do seu *right to be alone*, especialmente nos casos em que estas pessoas houvessem permitido que outros utilizassem suas imagens para fins publicitários.

Oliveira reportando-se a Pinckaers²²³ relata que na verdade, o *right of privacy* foi desenvolvido como um direito pessoal, intransferível, que protegia a pessoa contra ofensas à dignidade e aos sentimentos, mas não contra violações aos interesses comerciais. Entendia-se não apropriado à proteção dos interesses comerciais das pessoas que exploravam sua identidade concedendo licenças para sua utilização.

Nesse contexto é que ocorreu um julgamento da United Court of Appeals Second Circuit em 16 de fevereiro de 1.953 entre Haelan Laboratories Inc. Vs . Topps Chewing Gum, onde ambas as partes eram produtoras de gomas de mascar. A autora da ação havia celebrado contrato com jogadores de baseball para concessão de uso exclusivo de suas fotografias nas embalagens das gomas. Tendo noticia desse contrato, a ré, induziu os jogadores a contratarem o uso das fotos dos mesmos em suas embalagens das gomas. A ré alegou em sua defesa que os contratos realizados com os jogadores, nada mais eram do que concessões conferidas pelos mesmos do seu direito de processar em caso de *tort* (ação judicial) por *invasion of privacy*.

Entretanto, o *right of privacy* no caso das disposições legais de Nova York era um direito pessoal e intransmissível e os contratos não conferiam ao autor direito de propriedade nem qualquer outro interesse legal que lhe conferisse um título para processar. Assim, o tribunal rejeitou o argumento de que os contratos davam origem a exclusão da responsabilidade e que o autor não teria outros interesses legais na publicação da sua imagem.

A Corte entendeu que as pessoas famosas não sofreriam uma lesão nos seus sentimentos por terem seu nome ou imagem explorados sem o seu consentimento, mas, seriam sim, afetadas por não receberem dinheiro por causa dessa exploração.

²²³ OLIVEIRA, Elsa Dias. p. 107

Diante disso admitiu-se de forma adicional e independentemente que do *right of privacy*, a pessoa teria um *right in the publicity value* de sua fotografia, ou seja, o direito de privilégio exclusivo de publicar sua imagem. A esse direito foi denominado *right of publicity*.

O *right of publicity* impede o uso comercial não autorizado de elementos da identidade de pessoas e garante o direito exclusivo de exploração que podem ser transmitidos por uma licença.

A consolidação do *right of publicity* ocorreu quando o Supremo Tribunal Americano, em 28 de junho de 1.977, reconheceu o *right of publicity* no caso *Zacchini vs. Scripps-Howard Broadcasting Co.* cujo autor da ação era o acrobata Zacchini, que era lançado através de um canhão (*human cannonball*) e caía numa rede a vários metros de distância. Um repórter filmou esse espetáculo sem o consentimento do autor, divulgando-o depois na televisão.

Zacchini entrou com uma ação pedindo indenização por apropriação indevida dos valores patrimoniais de sua atividade profissional, alegando que tal espetáculo havia sido inventado por seu pai e apenas sua família o havia interpretado nos últimos 50 anos.

Em instância intermediária a Suprema Corte de Ohio reconheceu que o autor era titular de um *right of publicity* que lhe conferia o controle da exploração comercial. Considerou que a divulgação do espetáculo constituía uma ameaça ao valor econômico da interpretação do autor, resultado de seus talentos e energia.

A Corte Suprema de Ohio reconheceu que o *right of publicity* envolvia a apropriação da atividade pela qual o autor adquiriu sua reputação e não a apropriação da reputação do autor para promover um produto comercial, ou seja, o Tribunal reconheceu que o *right of publicity* tutela o desempenho, a interpretação e não o seu nome, imagem, a voz ou qualquer outro elemento da identidade do autor.

Chama-se a atenção que no primeiro case apresentado acima (caso Haelan), havia o exclusivo direito ao aproveitamento comercial dos bens que identificavam a pessoa como tal, como a imagem, a voz, o nome, etc e no caso Zacchini, tem-se o direito exclusivo ao aproveitamento econômico decorrente de sua atuação.

Oliveira²²⁴ salienta que Pinckaers com muita propriedade dispõe que o *right of publicity* só será violado, se em virtude da atuação do ofensor, o titular do direito for identificado.

Conclui-se então que o *right of publicity* permite obstar a utilização comercial não autorizada, garantindo o direito exclusivo de exploração, que pode, no entanto, ser transmitido por uma licença.

Dessa maneira, no sistema americano vigora um sistema dualista onde ocorre a separação dos direitos da personalidade como direitos imateriais de um lado e direitos patrimoniais de outro lado com o aproveitamento comercial deste último.

Os direitos da personalidade imateriais são tutelados pelo *right of privacy* enquanto a tutela do aproveitamento material ocorre pelo *right of publicity*. Neste caso, os tribunais americanos entendem que cabe ao lesado provar o valor comercial dos elementos da personalidade.

4.1.2 Sistema monista

Vimos que o sistema dualista ao mesmo bem de personalidade compreende dois direitos, um relativo ao aproveitamento comercial e outra relativo a sua componente pessoal.

O sistema monista, ao contrário, compreende sob o mesmo direito, as faculdades que garantem aqueles aproveitamentos não só comercial como pessoal conjuntamente.

Oliveira²²⁵ entende que o ordenamento jurídico português acolhe o sistema monista. Uma parte da doutrina portuguesa entende que o fato de se distinguirem valores pessoais de patrimoniais, não implica que os direitos de personalidade percam seu caráter unitário, uma vez que nem todos os direitos de personalidade são passíveis de aproveitamento econômico.

Os bens de personalidade possuem aproveitamento diverso como, por exemplo, no do direito de imagem que em determinadas circunstâncias permite-se captação de imagens, autorização de sua divulgação, etc, mas esta variedade de valores não ameaça a unidade do direito a imagem.

²²⁴ Op. cit. p. 112

²²⁵ Op, cit. p. 119

Oliveira²²⁶, ressalva que apesar do aproveitamento econômico de um bem da personalidade como a imagem ter, per se, no seu fundamento, menor densidade ética, a utilização do valor patrimonial de um bem de personalidade pode constituir a violação do valor ideal do mesmo bem, isto porque as vertentes patrimoniais e pessoais não são estanques e na medida que são *uno*, a atuação numa das vertentes terá consequências na outra.

Elsa nos traz ainda que no ordenamento jurídico alemão reconhece-se e confere-se relevância à vertente patrimonial dos bens da personalidade. Relata que a doutrina identifica âmbitos de proteção diversos incluindo-se entre eles o aproveitamento econômico da personalidade.

Dessa forma, o §823, I, BGB trata do aproveitamento econômico não autorizado de bens de personalidade por outrem sem que à semelhança do sistema americano sejam identificados direitos autônomos relativos a este aproveitamento.

4.2 Disponibilidade relativa dos direitos da personalidade

O código civil brasileiro traz segundo a nomenclatura vista anteriormente uma restrição legal simples no artigo 11 onde estatui que:

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

A doutrina tradicional²²⁷ entende que os direitos da personalidade são os que resguardam a dignidade humana e por esta razão, ninguém, por ato voluntário, pode dispor de sua privacidade, renunciar à liberdade, ceder seu nome de registro para utilização por outrem, renunciar ao direito de pedir alimentos.

Entretanto, há situações na sociedade que tangenciam a proibição, sendo portanto, tolerados.

A irrenunciabilidade dos direitos da personalidade humana funda-se na dignidade da pessoa humana. Como esses direitos são inseparáveis da pessoa, e estão de tal modo ligados ao indivíduo, a sua condição humana, que a sua renúncia equivaleria à morte civil, significaria a

²²⁶ Op. cit. p. 122

²²⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. Código Civil Interpretado. 2011. Atlas. p. 22

conversão da pessoa em objeto e acabaria por traduzir a renúncia da sua própria condição humana, o que é inadmissível.²²⁸

Para Roxana Cardoso B Borges²²⁹ o sentido de disponibilidade não significa alienação, transferência ou renúncia de direitos, mas sim a liberdade jurídica de exercer certos direitos de forma ativa ou positiva e não apenas na forma negativa, como tradicionalmente ocorre.

Inicialmente, a autora faz uma distinção entre autonomia jurídica individual e autonomia privada.

Por autonomia privada entende a autora que é o poder de realizar negócios jurídicos, a liberdade negocial. O poder atribuído pelo ordenamento jurídico ao indivíduo para que este possa efetuar, com efeitos jurídicos, suas próprias relações. Ele se torna apto a estabelecer “mini-ordenamentos jurídicos” para situações especiais de sua vida, disciplinando situações concretas no seu dia-a-dia.

A autonomia privada encontra limites nas normas legais e na ordem pública.

Para a autora o limite para os negócios com conteúdo não patrimonial está na dignidade da pessoa humana. Esses negócios são protegidos porque os interesses na sua realização estão dentro dos limites considerados legítimos pela sociedade.

Borges relata que Pietro Perlingieri entende que os bons costumes, a segurança, a incolumidade e a saúde são limites à liberdade do sujeito. Constituem elementos com conteúdo objetivo e devem efetivamente proteger o interesse da pessoa considerada isoladamente ou como parte de uma coletividade.²³⁰. Entretanto, especificamente quanto a este ponto, diverge a autora do pensamento do ilustre pensador italiano.

Em relação à autonomia jurídica individual, entende a citada autora que ela é mais ampla do que a autonomia privada, pois não se refere apenas ao poder de estabelecer negócios jurídicos, mas sim ao poder de agir lícitamente, sem que essa situação tenha como efeito a aquisição, transferência ou extinção de direitos.

²²⁸ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade*. Saraiva. São Paulo. 2011. p. 230-1

²²⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 112

²³⁰ *Ibid.*, p. 56

Cita a autora²³¹ que em relação à disponibilidade que gera transmissão ou extinção de direitos de direitos de personalidade, encontram-se doutrinariamente 3 correntes:

1 – Concepção personalista, ligada ao cristianismo.

Esta não distingue pessoa humana e corpo, pois são uma só coisa, uma unidade. Por conseguinte, a pessoa não tem poder sobre seu corpo.

Essa corrente não admite relações jurídicas cujo objeto seja o corpo humano, mesmo quando se trate de apenas parte do corpo humano.

2 – Corrente liberal

Para essa corrente, pessoa e o corpo são categorias distintas. Considera o corpo algo externo à pessoa, e, portanto, esta pode exercer poderes sobre ele, já que a pessoa é dona de seu corpo, e como proprietária tem sobre ele algumas faculdades de disposição ou alienação parcial.

Terceiros não podem interferir no uso que a pessoa resolva fazer com seu próprio corpo.

Esta corrente admite autonomia privada sobre bens de personalidade, dessa forma, as expressões de personalidade ou certos bens de personalidade podem figurar como objeto de negócios jurídicos.

3 A terceira corrente está representada pelos que não reconhecem a disponibilidade, mas admitem a intervenção pública na esfera física da pessoa. Exemplifica citando a lei 9.434/97 onde o Poder Legislativo tornou as pessoas doadoras de órgãos.

Quase de forma unanime, a doutrina brasileira aponta como característica dos direitos de personalidade, a indisponibilidade ou a sua intransmissibilidade.

Chama a autora atenção para a atual complexidade da sociedade e da concretude da pessoa e de suas circunstâncias reais, onde relaciona-se o conceito de dignidade com o da alteridade e de tolerância, aproximando-se os conceitos de dignidade e autonomia. Alerta para os riscos do totalitarismo e da ditadura da maioria, assim como para os riscos da homogeneização da sociedade.

Neste sentido, nega a autora o caráter absoluto advogando pela sua relatividade. E mais, não está só a autora, pois a experiência mostra uma realidade bem diferente, onde

²³¹ BORGES, Roxana. op. cit. p. 114

podemos perceber negócios jurídicos tendo como objeto bens jurídicos tutelados pelos direitos de personalidade.

A autora citando Jose Abreu Filho²³² diz que os negócios jurídicos extrapatrimoniais abrangem também os direitos personalíssimos e mesmo os negócios extrapatrimoniais constituem atos de autonomia privada. José Abreu Filho admite que ela se manifeste nos direitos de personalidade, no direito ao próprio corpo, no direito à intimidade e no direito à imagem. Entende que os direitos de natureza indisponível podem ser objeto de negócios jurídicos, desde que não tenham como fim a transmissão, modificação ou extinção daqueles direitos indisponíveis.

Relata a autora que Orlando Gomes²³³ apesar de apontar como características, entre outras, a extrapatrimonialidade e a intransmissibilidade, ressalva que embora sejam insuscetíveis de avaliação pecuniária, eles podem constituir-se em objetos de negócios jurídicos patrimoniais.

Renan Lotufo²³⁴, ao comentar sobre a lei 10.211/2001, menciona a possibilidade da incidência da autonomia privada sobre os direitos de personalidade, ao dizer que a pessoa tem legitimação *“no exercício de sua autonomia privada, com efeitos post mortem, para dispor quanto à retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplante ou outra finalidade terapêutica”*.

Também na doutrina estrangeira, nos dizer de Capelo de Souza²³⁵ o código civil português admite limitações voluntárias ao exercício dos direitos de personalidade desde que não contrarie a ordem pública e desde que o consentimento não seja contrário à lei ou aos bons costumes. Nesses casos revestem-se de caráter de negócio jurídico e produzem efeitos entre as partes.

Giovanni E. Nanni também reconhece a incidência da autonomia privada sobre os direitos de personalidade ao afirmar *“essa autonomia também manifesta-se nos direitos da personalidade, no direito ao próprio corpo, no direito à intimidade, no direito à imagem e no direito ao cadáver dentre outros”*.²³⁶

²³² BORGES, Roxana. Op. cit. p. 116

²³³ BORGES, Roxana. Op. cit. p. 116.

²³⁴ LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. Vol 1. Parte Geral. p. 62

²³⁵ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. apud. BORGES, Roxana. p. 117

²³⁶ NANNI, Giovanni. E. *A autonomia privada*. apud. BORGES, Roxana, p.119

Rosângelo Rodrigues de Miranda, citado por Roxana Borges²³⁷, observa que a autonomia privada alcança o direito à integridade pessoal, que diz respeito à integridade física, psíquica e moral da pessoa. A incidência da autonomia privada gera uma situação jurídica extrapatrimonial onde a pessoa pode facultar a terceiros a compartilhar a fruição destes direitos. Admite que a integridade da pessoa, nos aspectos acima mencionados, é intangível, mas reconhece que podem ser objeto de negócios jurídicos *sui generis*, praticados no âmbito do exercício da autonomia privada de cada indivíduo.

Para Roxana Borges²³⁸, “o direito de personalidade em si, não é disponível *stricto sensu*, ou seja, não é transmissível nem renunciável”. A titularidade do direito não é objeto de transmissão. Assim sendo, a imagem não se separa do seu titular original, assim como sua intimidade. A imagem continuará sendo daquele sujeito, sendo impossível juridicamente sua transmissão a outrem, ou mesmo sua renúncia.

Mas, expressões do uso de direito de personalidade podem ser cedidas, de forma limitada, com especificações quanto à duração da cessão e quanto à finalidade do uso. Há, portanto, certa esfera de disponibilidade em alguns direitos de personalidade.

A autorização para uso de certos aspectos desses direitos por terceiros não descaracteriza o direito enquanto direitos “de personalidades”. Entretanto, o exercício por parte de terceiros não pode ultrapassar os limites da autorização feita pelo titular desses direitos.

A disponibilidade relativa dos direitos de personalidade reside na possibilidade de cessão de uso de alguns desses direitos, ou de licença ou permissão. De acordo com o negócio a cessão de uso pode inclusive ser onerosa.

Roxana²³⁹ citando Capelo de Souza entende que os contratos sobre os direitos de personalidade são revogáveis unilateralmente pelo titular, mas isso não afasta a obrigação de indenizar pelos prejuízos causados às legítimas expectativas da outra parte. Este autor denomina esses negócios de *negócios jurídicos sui generis*.

Em relação aos limites tradicionalmente postos pela doutrina em relação à autonomia privada, ou seja, em relação à lei, na ordem pública na moral e nos bons costumes, a autora

²³⁷ Op.cit. p.119

²³⁸ Op. cit. p.120

²³⁹ Op.cit. p.122

entende que em primeiro lugar, *“somente a própria pessoa, em situações concretas de vida, poderá determinar o conteúdo e o significado de sua própria dignidade”*, posição que compartilhamos completamente.

Em relação à contrariedade a dispositivo de lei, não se torna fator determinante, pois esse dispositivo pode ser considerado inconstitucional.

Já em relação à questão da moral e dos bons costumes, aduz a citada autora que muitas vezes os critérios utilizados para o conteúdo de tais conceitos são subjetivos.

Como fundamento da relatividade, Roxana baseia-se no consentimento do interessado, figura oriunda do direito penal, que será aqui empregada como sustentação da já citada relatividade.

Tal figura não é estranha na doutrina estrangeira principalmente devido aos trabalhos de Emilio Betti, Carlos Alberto da Mota Pinto e Capelo de Souza entre outros.

Embora haja quase unanimidade da doutrina quanto à validade do consentimento, não há consenso em relação aos bens juridicamente disponíveis.

Embora haja preferência pelo termo “disponibilidade relativa “ aos direitos de personalidade, preferimos nos filiar a corrente, minoritária por sinal, do termo renúncia, que passaremos a explicitar a seguir.

4.3 Renúncia ao direito da personalidade

Quando tratamos dos direitos fundamentais vimos que a nossa constituição apesar de considerar inviolável alguns direitos fundamentais, não trazia uma proibição expressa quanto à disposição destes por parte de seu titular.

Já vimos que ao tratar dos direitos da personalidade, o código civil brasileiro no seu artigo 11 proíbe expressamente sua renúncia e a limitação voluntária de seu exercício pelo seu titular, ressalvadas as restrições legais.

Já vimos também que os direitos da personalidade são direitos fundamentais, e se a Constituição não efetuou tal restrição, poderia uma norma infraconstitucional fazê-lo?

Martel²⁴⁰ lembra que de um lado a constituição não expressa explicitamente tal indisponibilidade e por outro lado as inúmeras questões práticas que afluem vêm recebendo respostas que se distanciam da premissa da indisponibilidade. Prossegue a autora que muitos juristas seguem referindo que os direitos fundamentais são indisponíveis e ao mesmo tempo apresentam casos de disposição de direitos fundamentais (ou da personalidade) como anomalias incapazes de afetar o epíteto indisponível.

Ao procurar situar o significado do termo indisponível, recorre a autora a jurisprudência do STF, onde através do RE nº248.869/SP o Rel. Min. Mauricio Correa, insere o conceito de indisponibilidade, conforme abaixo:

A indisponibilidade de determinados direitos não decorre da natureza privada ou publica das relações jurídicas que lhes são subjacentes, mas da importância que elas têm para a sociedade. O interesse público de que se cogita é aquele relacionado a preservação do bem comum, da estabilidade das relações sociais, e não o interesse da administração publica em sentido estrito. Dai reconhecer-se ao Estado não só o direito, mas o dever de tutelar essas garantias, pois embora guardem natureza pessoal e imediata, revelam, do ponto de vista mediato, questões de ordem publica.

Direito individual indisponível é aquele que a sociedade, por meio de seus representantes, reputa como essencial à consecução da paz social, segundo os anseios da comunidade, transmudando, por lei, sua natureza primária marcadamente pessoal. A partir de então dele não pode dispor seu titular, em favor do bem comum maior a proteger, pois gravado de ordem pública subjacente, ou no dizer de Ruggiero “pela utilidade universal da comunidade”

Como se vê, o Ministro não entende a indisponibilidade como sendo uma característica intrínseca a um tipo específico de direito (fundamental, da personalidade, oriundo de relações de direito público ou privado), mas sim que é necessária motivações para que considere determinado direito individual indisponível, que nesse caso é o interesse público na proteção e tutela de tal direito.²⁴¹

²⁴⁰ Op. cit. p.19

²⁴¹ MARTEL, Op. cit. p. 23

Brunello Stancioli ²⁴² traz um estudo interessante consubstanciado no título acima, a respeito da renúncia ao direito da personalidade.

Neste, o autor através de uma perspectiva pós-positivista e pós-jusnaturalista pretende demonstrar a possibilidade de renúncia ao exercício dos direitos da personalidade, como reafirmação desses direitos.

Para tanto o autor des/re-constroi o conceito de pessoa, desde suas origens para definir e caracterizar os direitos da personalidade através de seus elementos constitutivos: corpo, valor e suas dimensões incontornáveis – autonomia, alteridade e dignidade.

A partir disso demonstra que o conceito de autorrealização não é um status da pessoa, mas sim um processo de vivência de direitos da personalidade tendo como consequência que determinados valores normatizados podem ser afirmados ou renunciados.

Stancioli demonstra que a renúncia ao exercício dos direitos da personalidade é um componente indispensável para sua autorrealização.

Primeiramente faz-se necessário distinguir a renúncia ao exercício de direito da personalidade da renúncia ao direito da personalidade em si.

Embora, parte da teoria negue tal diferenciação, para Stancioli não há consistência nessa argumentação, pois na verdade está-se distinguindo planos bem diversos do direito.

A afirmação da autonomia da vontade de uma pessoa natural, no plano valorativo, traduz-se pela renúncia ao exercício de um direito da personalidade.

Exemplos dessa renúncia é o voto de silêncio em certas ordens religiosas (renúncia ao direito de falar). Nesse aspecto podemos também ter determinada pessoa proibida de exercer tal direito de personalidade como um médico proibido de se pronunciar sobre detalhes de seu paciente.

²⁴² STANCIOLI, Brunello. Renúncia ao exercício de direitos da personalidade, ou como alguém se torna o que quer. Del Rey Editora. 2010. p. 97-105

Quando uma pessoa perde o direito da personalidade, implica que não existe mais possibilidade de seu exercício. Stancioli exemplifica esse caso através da morte civil que era infringida aos leprosos na Idade Média.

Para um observador externo, sem conhecimento dos fatos ocorridos, as situações acima serão idênticas. Entretanto, no primeiro exemplo o não exercício da fala pode-se dar através da renúncia ou por obrigação.

Além disso, na renúncia ao exercício a personalidade jurídica do agente fica intacta, enquanto na renúncia a titularidade, há uma afetação da personalidade da pessoa natural.²⁴³

A privação absoluta da capacidade de a pessoa humana ser titular de direitos e obrigações, em especial em relação aos direitos da personalidade, transformaria o sujeito em objeto.²⁴⁴

Entretanto, em nosso ordenamento positivo, há determinados casos em que o próprio texto legal já prevê a possibilidade de renúncia ao exercício de direito da personalidade. É o que ocorre no art. 13 do Código Civil que dispõe:

Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Também a lei 9.434/97 dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências.

Também ocorre aos direitos ao nome, de imagem, de autor, etc, sobre os quais a lei faculta a renúncia voluntária ao exercício do direito de personalidade.

Dessa forma, pretender que o legislador escolha quais direitos da personalidade podem ter limitações voluntárias é afirmar a possibilidade de hierarquização em abstrato desses direitos, o que contraria toda a lógica de hermenêutica contemporânea.²⁴⁵

Quem pode fazer a articulação de sua vida com os valores que lhe são mais caros é tão somente o titular dos direitos.²⁴⁶

²⁴³ STANCIOLI, Brunello. Op cit. p. 99

²⁴⁴ JAYME, Fernando Gonzaga. *Direitos Humanos e sua Efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.121. apud. STANCIOLLI, Bruno. p. 99

²⁴⁵ STANCIOLI, Bruno. op. cit. p. 104

Na verdade, em abstrato, os direitos da personalidade não são hierarquizáveis, pois todos têm o mesmo valor.

Em outras palavras, a renúncia é fator fundante do livre desenvolvimento da personalidade e da afirmação da personalidade. Ela é a mais perfeita expressão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.²⁴⁷

A pessoa humana é fundamentalmente constituída por “ um feixe de valores”, valores estes dotados de espacialidade e historicidade devido às mudanças culturais e temporais que influenciam os valores constitutivos da pessoa natural. Esses valores podem ser por ela hierarquizados na busca de sua própria realização pessoal e interpessoal.

Ser pessoa significa ser um fluxo de valores em eterna mudança, havendo inclusive transvalorações. Os diversos valores constitutivos da pessoa e os diversos direitos da personalidade estão em constante expansão.

O limite do exercício da liberdade, da autonomia, está exatamente na renúncia.

No mesmo sentido, Leonardo Zanini, expõe que a autonomia representa também um componente essencial da dignidade da pessoa humana e que o que a legislação pátria veda é a renúncia do direito da personalidade e não a renúncia ao seu exercício.²⁴⁸

Já vimos que desenvolvimento da personalidade implica no direito da pessoa escolher livremente seu destino e conduzir sua vida com autonomia e responsabilidade de acordo com suas convicções, mas que esse desenvolvimento não pode ser ilimitado, há que se colocar um limite, sob pena de tornar-se um instrumento de luta de interesses individuais egoístas.

Mas, então qual seria esse limite? Já vimos que para Mac Crorie, o limite para a renúncia seria o da dignidade humana.

Mas esse limite não acaba com o problema, pois ao fixarmos esse limite abre-se outra indagação qual seria do problema da capacidade de determinação individual do que seria ou não atentatório de sua dignidade.

²⁴⁶ Op. cit. p. 104

²⁴⁷ STANCIOLLI, op. cit.p. 109

²⁴⁸ ZANINI, 2011. Op. cit. p. 231

Neste sentido Nanni²⁴⁹ tem defendido uma “nova capacidade negocial”, a capacidade para consentir, onde ela é um regime específico para a delimitação dos direitos de personalidade.

André Gonçalo Dias Pereira, citando Beauchamp²⁵⁰ expõe com propriedade que a legislação tradicional referente à capacidade “visa proteger mais a propriedade do que as pessoas, e portanto não serve para a capacidade de tomar decisões”. Esta nova capacidade está ligada ao direito de desenvolvimento da personalidade e ao direito à autodeterminação nos cuidados de saúde, vez que representa o consentimento, esclarecido, pelo paciente para autorizar intervenção na integridade física e psíquica ou nos direitos da personalidade, legitimando e limitando a intervenção médica.

Para este, a capacidade para consentir tem a função de demarcar a linha que separa a autodeterminação da assistência.

Em nosso ordenamento o artigo 107, V, do Código Penal estabelece que a renúncia do direito de queixa ou o perdão aceito nos crimes de ação privada, é uma das causas de exclusão da ilicitude. Estabelece ainda o nosso código penal que até os 18 anos a pessoa é inimputável (art. 27 CP) e pelo artigo 52 Código de Processo Penal, o querelante poderá exercer esse direito de renúncia por si ou pelo seu representante legal.

Pelo código civil o artigo 5º estabelece que a menoridade cessa ao completar 18 anos, sendo pelo artigo 4º relativamente incapazes dos 16 aos 18 anos, onde deverão ser assistidos pelos seus representantes legais. Entretanto, permite que a pessoa seja emancipada a partir dos 16 anos completo.

Verifica-se que há uma divergência no aspecto civil e no aspecto penal, onde a capacidade pode ser avançada no civil aos 16 anos. Mas a questão que surge é se a renúncia poderá ser efetuada pelos representantes legais ou curadores?

Já vimos ao tratar da questão da renúncia aos direitos fundamentais que a doutrina portuguesa aceita que a decisão de renúncia é de caráter estritamente pessoal não podendo

²⁴⁹ NANNI, Giovanni Ettore. *A capacidade para consentir: uma nova espécie de capacidade negocial*. p. 1-4

²⁵⁰ BEACHAMP, Childress. *Principles of Biomedical Ethics*, 5º Ed. New-York-Oxford, Oxford University Press. p. 71 .apud PEREIRA, André Gonçalo Dias. *A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica*. p. 200

ser efetuado pelos representantes ou curadores legais, entendimento esse que acompanhamos.

Pereira²⁵¹ entende que os objetos do consentimento como a honra, a saúde diferenciam-se das declarações de vontade referentes a direitos patrimoniais devido a sua elevada natureza pessoal. Eles dizem respeito à pessoa na sua individualidade.

Apropriadamente entende que os institutos tradicionais da representação são demasiados rígidos, não atendendo a variação das capacidades intelectuais, emotivas e volitivas dos menores. Rígido porque a idade dos 18 anos representa uma barreira estanque e imutável que separa o estado de capacidade do de incapacidade de exercício, sem atender à personalidade da pessoa concreta.

E neste cenário que surge a proposta de Pereira²⁵², baseado no trabalho de Amelung, sobre um novo conceito de capacidade versando sobre a capacidade de tomar uma decisão racional (*Vernünftiger Entscheidung*) sobre os riscos e sacrifícios dos seus próprios bens jurídicos.

Segundo Pereira, Amelung estrutura o conceito de capacidade para consentir em quatro momentos: a) capacidade de decidir sobre valores; b) capacidade para compreender os fatos; c) capacidade para compreender as alternativas; d) capacidade para se autodeterminar com base na informação obtida. Faltando um destes elementos, a pessoa é considerada incapaz para consentir.

Ao tratar da capacidade de decidir sobre valores, Amelung, define “decisão racional” como sendo a que realiza uma ponderação de custos-benefícios onde os benefícios superam os sacrifícios. Para isso é necessário que se tenha um sistema de valores subjetivo onde o indivíduo deve levar em consideração o seu projeto de vida e poder desenvolver livremente a sua personalidade.

Então, a primeira condição da capacidade é a capacidade, segundo seu próprio sistema de valores, de poder efetuar uma análise de custo-benefício

²⁵¹PEREIRA, André Gonçalves Dias. Op. cit. p. 200

²⁵²Ibid., p. 209

Para a segunda capacidade, tem-se que levar em consideração que tomar decisões sobre valores é também uma decisão relativa a fatos, ou seja, conhecer os fatos e os processos causais envolvidos, poder compreender os processos causais futuros e ser capaz de fazer prognósticos. Tem de ser capaz de compreender os fatos e ponderar sobre os riscos atuais e consequências futuras de sua decisão.

A terceira capacidade está relacionada com a segunda, pois trata-se de ponderar sobre as alternativas oferecidas e tomar, segundo seus valores, a melhor decisão.

A quarta e última capacidade exige uma capacidade volitiva, a possibilidade de se autodeterminar com base em informação disponível. Esta capacidade, basicamente, efetua uma síntese de todas as outras capacidades.

Como se depreende dos quesitos acima, a princípio esta capacidade de consentimento, não fica restrita ao estabelecimento meramente cronológica da idade, mas ao contrario, permite o rompimento desta. Neste sentido, Pereira²⁵³ entende, com base no ordenamento português, que pessoas com mais de 14 anos podem ser capazes para consentir desde que compreendam o alcance e o significado e possam prever os riscos e não decidam de maneira precipitada ou de forma irrazoável.

Em vista do nosso ordenamento, e de acordo com o que já foi exposto por Mac Crorie ao tratarmos da questão da capacidade para renúncia a direitos fundamentais, entendemos que essa idade limite para capacidade de consentir inicia-se aos 16 anos. Entendemos também que os quesitos para essa capacidade de consentimento deva ser aplicada e analisada caso a caso.

4.4 Panorama atual dos direitos da personalidade

Antes de fechar este tópico convém verificarmos o status atual dos direitos da personalidade. Para isso faremos uso do trabalho desenvolvido por Jorge Miranda, Otavio Luiz Rodrigues Junior e Gustavo Bonato Fruet²⁵⁴, que efetuaram uma pesquisa envolvendo o período de 10 anos (2001 a 2011) correlacionando obras monográficas, ensaios e teses, nas bases de dados das bibliotecas do Max-Planck Institut für Ausländisches und Internationales

²⁵³ PEREIRA, André Gonçalo Dias. Op. cit . p. 223

²⁵⁴ MIRANDA, Jorge; JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues; FRUET, Gustavo Bonato. *Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado*. In MIRANDA, Jorge. JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. FRUET, Gustavo Bonato. *Direitos da Personalidade*. p. 1- 23

Privatrecht – Hamburgo na Alemanha, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e da Rede de Bibliotecas do Congresso Nacional em Brasília.

Foram pesquisados textos e publicações em português, espanhol, francês, italiano, inglês e alemão, e o resultado dessa pesquisa forneceu aos autores a direção dos estudos sendo efetuados nestes países.

Os trabalhos em língua portuguesa (Brasil – Portugal) mostraram aos autores que os interesses estão voltados a:

- a) problematização da influência dos direitos fundamentais no direito Privado,
- b) soluções de conflitos entre direitos da personalidade (ou entre direitos fundamentais),
- c) investigação dos problemas contemporâneos da incidência dos direitos da personalidade nas relações humanas, como nas manipulações genéticas, acesso à informação genética, a liberdade de expressão, a proteção da imagem, a situação jurídica das celebridades e o caráter (não) disponível dos direitos da personalidade.

Relatam os autores que as publicações nas línguas espanhola e francesa enfocam a problemática da proteção da intimidade, da liberdade de expressão e do direito ao corpo.

Já os estudos italianos estão focados em problemas tais como a autodeterminação terapêutica, os limites do direito à vida e ao corpo enfocando a questão de sua disponibilidade pelo titular, o direito à informação genética, a questão dos conflitos judiciais envolvendo celebridades, e as discussões a respeito das iniciativas legislativas para aumentar o controle sobre os meios de comunicação. Nesse tópico incluí-se a difusão do resultado de investigações criminais, como o vazamento de dados de inquiridos.

Em relação aos estudos em língua inglesa (Inglaterra e Estados Unidos), relatam os autores de que sempre houve muitas publicações e julgados sobre direitos da personalidade versando sobre direito à vida, aborto, eutanásia, liberdade de expressão, proteção do Estado as liberdades civis, etc... Entretanto nas últimas décadas esse enfoque tradicional sofreu algumas mudanças, notadamente influenciada pelos grandes juristas alemães através da divulgação de seus pensamentos em língua inglesa ou pela transferência de doutrinadores alemães para as Universidades, como por exemplo, Robert Alexy, Martin Borowski (discípulo de Alexy), Dieter Grimm e Reinhard Zimmerman.

Devido a essa influência os trabalhos em língua inglesa sobre direitos da personalidade passaram a trazer temas e métodos de trabalho anteriormente encontrados apenas no direito continental. São exemplos desses, a exploração comercial da imagem, o direito à privacidade, a manipulação da imagem, privacidade dos dados pessoais, o direito ao próprio corpo e os direitos post-mortem, etc..Também sofreram influência da metodologia continental temas como eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares e intervenção judicial na vida privada.

Em relação aos trabalhos em língua alemã, mostram-se impressionados pela quantidade e a diversidade de temas abordados. Notaram também os autores, uma abertura para o exame comparatista dos direitos da personalidade, onde várias obras enfocam as soluções interna com aquelas desenvolvidas em direito de tradição continental e não continental.

Relatam que os mais relevantes temas tratados são: a) direito de imagem dos atletas, tratando do problema da divulgação dos exames antidopping e a proteção dos dados, e exploração comercial de sua imagem; b) questão do direito ao nome, tratando da situação jurídica da criança em face do próprio nome, da questão do nome e da mudança de sexo, do direito de terceiro ante a mudança de nome, da proteção ao nome após a morte, c)proteção aos nascituros e aos embriões tratando dos limites à pesquisa genética em células-tronco , d) direitos a informação genética, d) disponibilidade dos direitos da personalidade e consentimento para a sua violação, e) transmissibilidade dos efeitos econômicos dos direitos da personalidade

Compilando os resultados verifica-se que as pesquisas acadêmicas envolvendo direitos da personalidade situam-se no direito à imagem, o direito a vida em relação aos seus limites iniciais e finais, e a liberdade de expressão. Explica-se essa convergência, independentemente dos idiomas e da tradição jurídica pelo amplo desenvolvimento da engenharia genética, dos meios de comunicação e da mudança do eixo econômico com a valorização do setor de serviços e das atividades ligadas ao entretenimento.

Como se depreende dos estudos elencados anteriormente, verifica-se que o estudo da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, e a conseqüente colisão destes e dos direitos de personalidade são temas atuais e encontrados no dia a dia e que como proposta de nosso estudo é resolvida pela ponderação através do método da proporcionalidade, que passaremos a estudar em seguida.

5 O princípio da proporcionalidade

Superada a discussão de que os direitos fundamentais e os direitos da personalidade são passíveis de limitação e controle jurídico e também de que as relações entre particulares também se vinculam aos direitos fundamentais, e as soluções para colisões entre detentores de direitos fundamentais necessariamente passa por um sistema de ponderação, notadamente utilizando o princípio da proporcionalidade, passaremos a estudá-lo.

Esta técnica surgiu como solução para a colisão de princípios constitucionais. De acordo com a doutrina constitucional majoritária, enquanto as regras, segundo Dworkin²⁵⁵, são aplicadas à maneira do tudo-ou-nada, onde a aplicação de uma exclui a outra utilizando as tradicionais soluções de antinomias, os princípios, que in *abstractus* têm idêntica hierarquia, possuem uma dimensão que as regras não têm: a dimensão do peso ou importância.

O que ocorre é que um princípio tem precedência sobre o outro sob determinadas condições. Em outra situação a solução de procedência poderia resolvida de maneira diferente. Se o mesmo princípio sempre tivesse precedência sobre o outro, teríamos uma ordem hierárquica de princípios, ou seja, uma ordem de prevalência dura.

Isso é o que se denomina que os princípios têm pesos diferentes. Os princípios com maior peso tem precedência

O que verificamos é que a precedência de um dos princípios resulta da “circunstância do caso”. São essas condições que determina qual é o peso de cada princípio

Devido a isso, princípios conflitantes não seguem o procedimento das regras, eles não se excluem, mas coexistem, porque os princípios são considerados como verdadeiros mandados de otimização voltados para a sua máxima realização.

Esta técnica consiste em estabelecer compressões recíprocas entre os princípios em jogo, definindo, em cada caso concreto, uma relação de prevalência à luz de certas condições particulares.

²⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2007. p. 39-42.

Esse procedimento de identificar e valorar as condições sob as quais um princípio precede outro, e fundamentar por que sob essas específicas condições, um princípio deve preceder o outro é denominado método da ponderação de bens por uns ou sopesamento por outros.

Exemplo clássico, sempre citado pela doutrina, é o caso Lebach julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão, onde foi identificada a colisão entre dois valores constitucionais: a liberdade de informação e a tutela da personalidade.

5.1 Histórico da proporcionalidade

Figueiredo citando Vitalino Canas²⁵⁶, relata que o princípio da proporcionalidade, como o entendemos atualmente, configurou-se na quarta parte do século XX entre as décadas de setenta e oitenta.

Para Barros²⁵⁷ o princípio da proporcionalidade até chegar à modelagem atual acompanha a história da defesa dos direitos humanos e surge como decorrência da passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito, visando controlar o poder de coação do monarca. Entende-se o poder de polícia devido aos ilimitados fins que poderia perseguir e aos meios que poderia empregar.

Entretanto, em datas anteriores já se verificava a existência de uma ideia de proibição do excesso ou de uma desproporção, como por exemplo no artigo 25 da Magna Carta em que preconizava que “..... *a multa guardará proporção com o delito...*”.

Isto nos remete a ideia de justa medida, de ponderação, de uma clara influência do pensamento aristotélico do “meio-termo” e da “justa medida”, que trazem implicitamente a noção de proporcionalidade. Desde aqueles tempos a proporcionalidade esteve assentada em uma relação meios e fins consolidando-se em diversos domínios do saber tais como a matemática, física e posteriormente a filosofia e o direito²⁵⁸.

O Direito Romano também contribuiu com diversas manifestações da proporcionalidade entre as quais nas regras empregadas pelo Pretor para computar em seu

²⁵⁶ FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. *A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade*. 2005. p. 177

²⁵⁷ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. p. 33

²⁵⁸ FERRAZ, Leonardo de Araújo. *Da teoria à Crítica. Princípio da proporcionalidade*. 2009. p. 75

quantum interest as parcelas de débito, obrigações de fazer, delito privado ou indenizações acarretadas por um mesmo Pretor, ou na forma de uma reação proporcional a uma agressão ou ofensa sofrida.²⁵⁹

Os contornos mais específicos da proporcionalidade ocorreram como consequência da Modernidade como reflexo do surgimento dos Estados Nacionais e das doutrinas contratualistas jusnaturalistas.

O princípio da proporcionalidade foi muito importante na França na seara do Direito Administrativo como forma de limitação do exercício abusivo do poder discricionário dos agentes estatais. Relata Ferraz²⁶⁰ que a formulação administrativa francesa implicitamente e sem a precisão conceitual da doutrina alemã os subprincípios ou máximas da adequação e da necessidade, sem que muitas vezes não houvesse menção a um princípio da proporcionalidade.

Sem dúvida que a Alemanha foi o país que sedimentou o princípio da proporcionalidade figurando-se com um bastião de salvaguardas dos direitos fundamentais, transformando a velha ideia de “proteção da liberdade pela lei” pela “necessidade de proteção das liberdades perante a lei”, que representou a passagem do princípio da legalidade para o princípio da constitucionalidade.²⁶¹

Nestes termos, Figueiredo²⁶², entende que a transposição do direito administrativo para o Constitucional deveu-se ao desenvolvimento da ideia do Estado de Direito e as permanentes afirmações do princípio pelo Tribunal Federal da Alemanha no pós guerra, principalmente nos julgamentos Luth-Urteil de 1.958 e Apotheken-Urteil de 1.958 que estendeu a aplicação do princípio a todos os domínios jurídicos.

5.1 Terminologia empregada

De uma maneira geral há uma certa concordância na doutrina pela expressão “princípio da proporcionalidade”. Entretanto existem outras denominações utilizadas, como seguem:

²⁵⁹ FERRAZ, op.cit. p. 75

²⁶⁰ Op. cit. p. 78

²⁶¹ FERRAZ, op. cit. p. 82

²⁶² Op. cit. p. 180

a) Alexy prefere utilizar máxima da proporcionalidade, cuja denominação decorre da tradução efetuada por Virgílio Afonso da Silva, que prefere traduzir a palavra “Grundsatz” por máxima;

Relata Virgílio que Alexy evita denominá-la de “Prinzip” para evitar confusão em relação ao seu conceito de princípios como espécie de norma contraposta à regra

b) Virgílio Afonso da Silva

Que foi o tradutor para o português da 5ª Edição alemã “Theorie der Grundrechte” prefere denominar de “regra da proporcionalidade” porque considera que seja uma regra acerca de aplicação de outras regras, ou seja, uma regra especial ou uma meta regra.

c) Humberto Ávila prefere denominar de “Postulado da proporcionalidade” por ser conceitualmente mais apropriada e por considerá-la, uma espécie de norma que estabelece a estrutura de aplicação de outras normas, ou seja, uma metanorma.

Preferimos utilizar a expressão “princípio da proporcionalidade”.

5.2 Fundamento constitucional

Em nosso ordenamento, não existe norma constitucional que consagre expressamente o princípio da proporcionalidade, sendo aceito como implícito em nosso ordenamento jurídico. Desta feita, manifesta a ilação de que estaria fundamentado assim, no estado Democrático do Direito.

Willis Santiago Guerra Filho²⁶³ aponta que “A circunstância de ele não estar previsto expressamente na Constituição de nosso País não impede que o reconheçamos em vigor também aqui, invocando o disposto no §2º do art.5º, “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados etc.”

Willis Santiago aponta que “os princípios da isonomia e da proporcionalidade acham-se estreitamente associados, sendo possível, inclusive, que se entenda a proporcionalidade como incrustada na isonomia, pois como se encontra assente em nossa doutrina, com grande autoridade, o princípio da isonomia traduz a ideia aristotélica – ou, antes “pitagórica”, como prefere Del Vecchio – de “igualdade proporcional”, própria da justiça distributiva, geométrica, que se acrescenta aquela comutativa, aritmética, meramente formal – aqui, igualdade de bens; ali, igualdade de relação.

²⁶³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. 2009. p. 91

O princípio da proporcionalidade se diferencia do princípio da isonomia, à medida em que este determina abstratamente a extensão a todos dos direitos fundamentais e aquele permite, concretamente, a distribuição compatível dos mesmos.

Nesse sentido relata que Jorge Miranda²⁶⁴ entende que igualdade e proporcionalidade não coincidem, embora se sobreponham largamente, concluindo que é o princípio da proporcionalidade em sentido estrito que mais se prende ao princípio da igualdade.

Em suas palavras “A igualdade tem que ver com distribuição de direitos e deveres, de vantagens e de encargos, de benefícios e de custos inerentes à pertença à mesma comunidade ou à vivência da mesma situação. A proporcionalidade é um dos critérios que lhe presidem ou um das suas situações imprescindíveis, como acaba de se indicar, é uma medida de valor a partir do qual se procede a uma ponderação.”

Na interpretação constitucional é através dos princípios da proporcionalidade e da igualdade que o magistrado efetuará a ponderação de princípios e direitos fundamentais em conflito, aplicando-os aos interesses postos em causa.

A doutrina aponta para o princípio da proporcionalidade distintos fundamentos, como por exemplo, ser decorrente do princípio do devido processo legal, ou então como sendo um princípio derivado da força normativa dos direitos fundamentais, garantias materiais objetivas do Estado de Direito. Mendes²⁶⁵ relata que vozes eminentes sustentam que a base do princípio residiria nos direitos fundamentais, outros ainda sustentam que tal postulado configuraria expressão do Estado de direito, tendo em vista seu desenvolvimento histórico a partir do Poder de Polícia do Estado.

Enfim, a constituição brasileira expressamente não apresenta uma previsão sobre o princípio da proporcionalidade, o que não impede o seu reconhecimento, pois ele é uma imposição natural de qualquer sistema constitucional de garantias fundamentais. Ademais, o STF vem, aos poucos, recepcionando o princípio da proporcionalidade através de seus julgamentos.²⁶⁶ verificando-se um aumento a partir da Constituição Federal de 1.988, notadamente em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

²⁶⁴FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. Op. cit. p. 210

²⁶⁵ MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2012, p. 65

²⁶⁶ Representação 930/DF Rel Min. Rodrigues Alckmin. Julgamento 05.05.76 / Representação 1.077 Rel. Min. Moreira Alves. Julgamento 28.03.84

A experiência concreta dos casos interpretados onde surgiram conflitos de princípios levou a doutrina a extrair a essência desse princípio para declará-lo existente, elevando ao status constitucional e utilizando-o como vetor orientador do intérprete constitucional.

Deparando-se o intérprete com uma circunstância na qual um princípio colide com outro, um dos principais meios utilizados para solução do problema é o princípio da proporcionalidade²⁶⁷.

A utilização com vetor de solução é bem explicado por Willis Santiago Guerra Filho ao dizer: *“Para resolver o grande dilema da interpretação constitucional, representado pelo conflito entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por serem mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, se preconiza o recurso a um princípio dos princípios, o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma solução de compromisso, na qual se respeita mais em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao outro e jamais lhe faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu núcleo essencial.”*

Rizzatto Nunes²⁶⁸ entende que o princípio da proporcionalidade assemelha-se a um método de interpretação na medida em que é capaz e permite solucionar os aparentes conflitos mais importantes do sistema constitucional que visa garantir os direitos fundamentais e o Estado de direito Democrático.

5.3 O método da proporcionalidade

Para a doutrina alemã, cujo maior representante é Alexy, os princípios como mandamentos de otimização são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.

Dessa forma, as possibilidades fáticas são determinadas pelas máximas da adequação e da necessidade e as possibilidades jurídicas pela máxima da proporcionalidade em sentido estrito. Esta última é o mandamento da ponderação propriamente dito, o sopesamento, que decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas.

²⁶⁷ Há autores que entendem que não se trata de um princípio, considerando-a como uma regra especial, ou uma regra de segundo nível, ou de meta-regra. In. Virgílio Afonso da Silva. Direitos fundamentais. p. 169

²⁶⁸ NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. Doutrina e Jurisprudência*. 2010, p. 56

A doutrina alemã costuma dizer que tal princípio desdobra-se em três aspectos:

- a) Adequação (*Geeignetheit*)
- b) Exigibilidade (*Erforderlichkeit*)
- c) Proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*)

Encontra-se ainda na doutrina²⁶⁹ a diferenciação entre princípio da proporcionalidade em sentido amplo(lato) e *stricto sensu*. Pelo primeiro possui o significado de proibição de excesso e pelo segundo representa um equilíbrio no qual os benefícios atingidos deverão ser superiores aos ônus.

Relata Willis Santiago²⁷⁰ que para Alexy a proporcionalidade em sentido estrito corresponde ao que denomina “lei de sopesamento” (*Abwägung*, também traduzível por ponderação)

Em relação ao subprincípio da adequação há quem o denomine de “idoneidade”, outros de “pertinência”, ou ainda “conformidade”, mas independentemente da denominação empregada, o significado é a de verificar se a intervenção no direito fundamental realizada é adequada para contribuir com a obtenção de um fim constitucionalmente legítimo. Se não promover a realização do direito, então não estará justificada.

Analisa-se a medida para saber se pelo menos em tese, este atinge o fim pretendido.

Deve-se responder a questão se essa medida é adequada para fomentar a realização do objetivo.

Existem autores, como Gilmar Mendes²⁷¹, que defendem uma indagação mais exigente no sentido de se analisar se a medida é adequada não apenas para fomentar, mas para realizar por completo o objetivo.

Mas, Virgilio entende que essa indagação é contraproducente e Willis Santiago diz que a primeira alternativa é apoiada pela maioria da doutrina.

²⁶⁹ MACHADO, Joana de Moraes S.M, op. cit. p. 110

²⁷⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Dignidade Humana, princípio da proporcionalidade e Teoria dos direitos fundamentais. p. 306

²⁷¹ Cf. Gilmar Ferreira Mendes. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. p. 371

Ainda com relação ao subprincípio da adequação, Ferraz citando Silva²⁷² traz uma questão interessante sobre o alcance deste subprincípio, visto que a doutrina majoritária entende que tal subprincípio implica que o objetivo desejado seja obrigatoriamente alcançado. Entretanto, tal assertiva não é correta porque decorre de uma tradução indevida da palavra alemã *fördern* que não significa alcançar, mas sim fomentar, promover. Então adequado não é somente o meio cuja utilização o objetivo é alcançado, mas também o meio cuja utilização é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente alcançado.

A exigibilidade também é denominada de princípio da necessidade ou princípio da indispensabilidade.

Por este o intérprete deverá escolher entre as várias formas, aquela que for menos gravosa ao direito colidente. Pressupõe a comparação da medida adotada com outros meios alternativos, de forma que a escolhida seja aquela que restrinja de forma menos gravosa ou prejudicial o direito em colisão.

Para caracterização da aplicação desta medida, Alexy traz o seguinte exemplo: “ para a consecução de uma finalidade F, requerida por determinado direito D, podem ser utilizadas duas medidas M1 e M2. No entanto, se M2 é menos nociva ao direito (por não atingir outro direito ou de outrem), ela deverá ser a empregada. Assim, embora, M1 e M2 possam atingir o fim F, somente M2 é exigível.

Uma dificuldade que surge é de delimitação de quais seriam os meios alternativos à medida adotada ou qual seria o meio mais benigno ou que menos restringiria o direito em questão.

Os dois itens vistos acima, adequação e necessidade/exigibilidade, muitas vezes não dão suporte necessário para a escolha da medida restritiva. A solução será recorrer ao terceiro elemento, ou seja, a proporcionalidade em sentido estrito, isto porque, a adequação e a necessidade nos fornece uma otimização em relação às possibilidades fáticas, enquanto que a proporcionalidade em sentido estrito, a otimização das possibilidades jurídicas.

Pela proporcionalidade em sentido estrito entende-se que deve-se empregar o meio que se mostrar mais vantajoso para a promoção do princípio prevalente, mas sempre

²⁷² FERRAZ, op. cit. p. 89

buscando desvalorizar o mínimo entre os demais. Ou seja, as vantagens devem superar os sacrifícios.

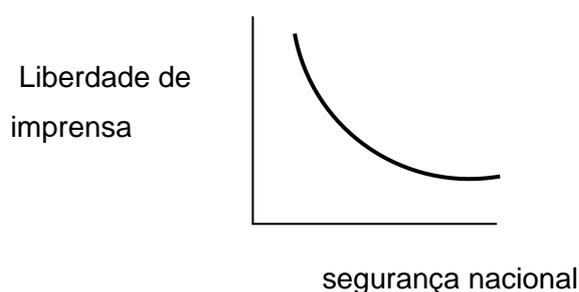
Resta agora exemplificar na proporcionalidade em sentido estrito como efetuar esse sopesamento, como efetuar essa dimensão de peso citado no início da exposição. A essa dimensão de peso, denominaremos *Lei de sopesamento*²⁷³, que passaremos a explicitar.

Este sub-princípio leva à formulação da denominada “lei de ponderação” na qual “quanto mais alto é o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”

A medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro. Para ilustrar essa lei de sopesamento, pode-se utilizar as curvas de indiferença

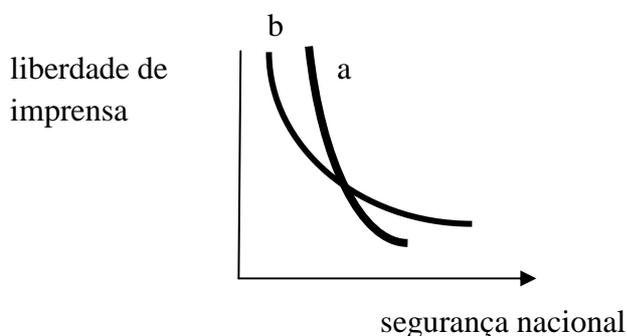
Vamos supor que um indivíduo A seja favorável tanto à liberdade de imprensa quanto à segurança nacional. Ele está disposto a aceitar uma diminuição na segurança nacional para que haja aumento na liberdade de imprensa e vice versa.

As situações julgadas pelo indivíduo A como igualmente boas ou indiferentes podem ser colocadas na seguinte curva.



²⁷³ ALEXY, Robert. Op.cit. p.. 166 a 170

Outra pessoa B pode ter outra concepção acerca dessa importância relativa, que pode ser representado na seguinte curva.



Verifica-se aqui que o sopesamento não diz respeito à importância que alguém confere à liberdade de imprensa ou à segurança nacional, mas sim à definição de qual deve ser a importância que se deve conferir a ambos, que no exemplo acima são representados pelas curvas, onde ao estabelecer a importância para a liberdade de imprensa, automaticamente já se estabelecerá a importância para a segurança nacional, visto que os dois devem ser vistos de maneira conjunta.

Segundo Alexy a lei de ponderação pode ser dividida em três passos: no primeiro é preciso definir o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. No segundo passo, define-se a importância da satisfação do princípio que atua em sentido contrário. E no terceiro passo deve-se definir se a importância da satisfação do princípio contrário justifica a afetação ou a não satisfação do outro.

Alexy que o grau de afetação dos princípios pode ser determinado através do uso de uma escala triádica, ou de três intensidades, através de uma fórmula a que ele denomina "fórmula peso"²⁷⁴. Esta fórmula peso, complementa as leis de colisão e do sopesamento.

Pulido²⁷⁵ nos traz, abaixo, de uma maneira mais compreensível uma explicação da fórmula peso de Alexy .

²⁷⁴ Op. cit. p. 604

²⁷⁵ PULIDO, Carlos Bernal. *A ponderação como procedimento para interpretar os direitos fundamentais*. Capítulo III. In PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos*. 2013, p. 91

O grau de afetação admitido por Alexy no caso de afetação de um princípio pode ser classificada como sendo leve, médio ou intenso. A valoração destes graus de intensidade é dada por:

$$\begin{aligned} \text{Grau leve} &= 2^0 = 1 \\ \text{Grau médio} &= 2^1 = 2 \\ \text{Grau intenso} &= 2^2 = 2 \times 2 = 4 \end{aligned}$$

Da mesma forma, a força de cada princípio na ponderação cai de acordo com a incerteza progressiva das premissas apoiadoras de cada lado, ou seja, do grau de confiabilidade das premissas fáticas, segundo:

$$\begin{aligned} \text{Seguro} &= 2^0 = 1 \\ \text{Plausível} &= 2^{-1} = 1 / 2 \\ \text{Não evidentemente falso} &= 2^{-2} = 1 / 4 \end{aligned}$$

Para clarificar a compreensão desta aplicação, tomemos o caso da afetação da vida e saúde de uma criança que ocorreria se os pais evangélicos não a levassem ao hospital.

Nesse caso, essa hipótese poderia ser considerada intensa, visto o perigo de morte. Da mesma forma, a liberdade de culto dos pais, de onde decorre a permissão/negação, poderia ser estabelecida como de grau leve ou médio.

Então, o relacionamento destes pesos concretos seria de acordo com Alexy estabelecida na fórmula peso da seguinte forma:

$$\text{GP}_{ij}C = \frac{\text{IP}_iC \times \text{GP}_iA \times \text{SP}_iC}{\text{WP}_jC \times \text{GP}_jA \times \text{SP}_jC}$$

Onde expressa-se o peso do Princípio P_i em relação ao princípio P_j nas circunstâncias do caso concreto.

Assim, no nosso exemplo, na hipótese de que a afetação desse direito (vida /saúde) seja intenso implica que $\text{IP}_iC = 4$, e da mesma forma o seu peso abstrato (direito a vida) $\text{GP}_iA = 4$ e a certeza das premissas (risco de morte) $\text{SP}_iC = 1$. Ao mesmo tempo a satisfação da

liberdade de culto dos pais poderia ser atribuída como média $WP_j C=2$, o seu peso abstrato como médio (não há questão de vida ou morte) levando a $GP_j A=2$ e a segurança das premissas sobre sua afetação é intensa (ordená-los a levar a filha para o hospital implica numa restrição a liberdade de cultos) levando $SP_j C=1$

Termos então:

$$GP_{ij}C = \frac{4 \times 4 \times 1}{2 \times 2 \times 1} = \frac{16}{4} = 4$$

Da mesma forma, se considerássemos o peso da liberdade de culto dos pais teríamos

$$GP_{ji}C = 2 \times 2 \times 1 / 4 \times 4 \times 1 = 4/16 = 0,25$$

Disso se conclui que a satisfação da liberdade de culto dos pais satisfaz em apenas 0,25 enquanto a afetação da saúde da criança satisfaria em 4, o que não justifica a intervenção nos direitos da vida e a saúde da criança, mas sim a intervenção na liberdade de culto dos pais.

Conclui-se então que o resultado não consiste nunca na declaração de que um direito é superior ao outro, mas se limita ao estabelecimento de uma relação de prevalência condicionada: nessas condições, o direito “x” prevalece sobre o direito “y”. Em outras condições, a relação de prevalência pode ser diversa.²⁷⁶

5.4 Críticas a aplicação da proporcionalidade

Discussões em torno da proporcionalidade apontam para as dificuldades quanto a verificação dos graus de intensidade da intervenção em um direito fundamental e da importância de cumprimento em caso de colisão.

Segundo Ferraz²⁷⁷ e Gavião Filho²⁷⁸ uma das mais destacadas críticas a proporcionalidade refere-se a irracionalidade da ponderação/sopesamento, ou seja, considera-se um critério irracional e subjetivo.

²⁷⁶ SCHREIBER, Anderson. *Direito e mídia*. 2013, p.15

²⁷⁷ Op.cit. p. 143

²⁷⁸ Op.cit. p. 251

Diz-se que não é passível de controle intersubjetivamente racional. Argumenta-se que este recurso autoriza os juízes a decidirem com base nas suas próprias valorações e intuições morais.

Gavião Filho, citando Habermas, diz que este autor entende que não existem critérios racionais para ponderar, de maneira que a ponderação resultante é irrefletida ou arbitrária segundo apenas ordens de precedência e padrões de costume.²⁷⁹

Ferraz traz também como uma das críticas a falta de legitimidade para a sua aplicação.

Em relação a esta última crítica Novais²⁸⁰ ressalta que o legislador também não dispõe de critério nem da possibilidade de decidir previamente, de forma abstrata, as colisões de bens tal qual elas ocorrem na vida prática.

Neste sentido, Virgílio²⁸¹ relata que há autores que defendem que a aplicação da regra da proporcionalidade deva se limitar aos dois primeiros exames, os da adequação e necessidade, isso porque para esses existem critérios objetivos, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento) seria a substituição da subjetividade do legislador pela subjetividade do juiz.

A conclusão que se pode tirar é que ocorrendo colisões entre direitos fundamentais ou entre outros bens dignos de tutela jurídica, não há alternativa – ou pelo menos, não há alternativa preferível – à ponderação dos interesses envolvidos, independentemente do nível a que seja feita ou do momento em que se realize. A ponderação é inevitável.²⁸²

Arremata ainda Novais, de que mais importante do que discutir se os tribunais tem competência para efetuar a ponderação – já que elas são inevitáveis – é considerar a forma como elas devem proceder, precisando os critérios que deverão orientar os juízes na seleção e valoração dos fatores relevantes.

Virgílio, entende que não é possível buscar uma racionalidade que exclua por completo qualquer subjetividade na interpretação e aplicação do direito. O que se pode fazer

²⁷⁹ Op.cit. p. 251

²⁸⁰ Op. cit. p. 683

²⁸¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais*. 2010, p. 177

²⁸² NOVAIS, op. cit. p. 694

então, é “a fixação de alguns parâmetros que possam aumentar a possibilidade de diálogo intersubjetivo, ou seja, de parâmetros que permitam algum controle da argumentação²⁸³”.

5.5 A discricionariedade e o ativismo judicial

Sem aprofundar na matéria não podemos deixar de, em breves palavras, discutir a questão da discricionariedade e do ativismo judicial, que surge da aplicação das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados e da aplicação da proporcionalidade. Devido ao fato das cláusulas gerais trazerem em seu bojo, princípios, diretrizes, máximas de conduta, permitindo ao juiz um poder de criação, muito se discute a respeito da discricionariedade judicial. A questão que se coloca agora é se o uso da proporcionalidade não implicaria nesta mesma capacidade de criação, usurpando do juiz a função legislativa? É, portanto, esse contexto que discutiremos a questão do ativismo judicial.

Elival Ramos²⁸⁴ ao tratar da questão do ativismo judicial faz uma distinção entre discricionariedade legislativa e discricionariedade judicial. Relata que a existência de discricionariedade, entendida como liberdade de ação nos limites do direito tanto na área legislativa como na jurisdicional, foi defendida por Kelsen para o qual ambas estão obrigadas à observância de parâmetros jurídicos previamente estabelecidos, onde podem desenvolver certas liberdades dentro desses marcos.

Nogueira²⁸⁵ nos traz a concepção de Hart sobre o conceito de direito que, em sua opinião, se comunica com a ideia de inclusão de cláusulas gerais no ordenamento. Para Hart, “ todo sistema jurídico deixa em aberto um campo vasto e de grande importância para que os tribunais e outras autoridades possam usar sua discricionariedade”.

Para Hart, normas e princípios jurídicos têm uma textura aberta quando a norma não apresenta resposta, mostrando-se parcialmente indeterminada. Nesse caso, para chegar a uma decisão, os tribunais precisam exercer a função legislativa limite que denomina de discricionariedade. Para Hart, como o juiz não pode deixar de decidir, terá de exercer sua discricionariedade e criar o direito referente àquele caso, em vez de simplesmente aplicar o direito estabelecido já existente.

²⁸³ Op.cit. p. 148

²⁸⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial. Parâmetros dogmáticos*. 2013, p.123

²⁸⁵ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fonte, 2009, p. 176 apud NOGUEIRA, op. cit. p. 69-70

Conforme, é de conhecimento geral, houve uma intensa e acalorada discussão entre Hart e seu discípulo Dworkin a respeito desse tema, a qual não iremos adentrar, por não ser nosso escopo no presente trabalho. Interessa-nos a questão da discricionariedade advinda da tomada de decisões pelos intérpretes das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados.

Como já visto, Dworkin faz críticas ao trabalho de Hart, e uma de suas críticas é em relação ao poder discricionário do juiz. Em sua opinião, a expressão “poder discricionário” é empregada em um sentido fraco e significa que, por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública devem aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar.²⁸⁶

A doutrina nacional, notadamente os processualistas, em sua grande maioria não admitem a possibilidade de discricionariedade judicial, embora seja apontada por alguns como possível.

Teresa Wambier, citada por Nogueira²⁸⁷, com base em Mauro Cappelletti, entende que o juiz não cria lei, mas cria o direito para o caso dentro de um sistema de direito positivo e codificado, em que há um perímetro ou contorno de determinações legais. Entende que interpretar um conceito vago não implica exercício de poder discricionário.

No mesmo sentido a opinião de Candido Rangel Dinamarco²⁸⁸ de que o juiz por estar inserto nas estruturas estatais do exercício do poder é legítimo canal através de quem o universo axiológico da sociedade impõe as suas pressões destinadas a definir e precisar o sentido dos textos, a suprir-lhe eventuais lacunas e a determinar a evolução do conteúdo substancial das normas constitucionais. Imbuído de valores dominantes o juiz é um intérprete qualificado e legitimado a buscar cada um deles, a descobrir-lhes o significado.

Também José Roberto dos Santos Bedaque entende que as expressões com contornos semânticos flexíveis conferem ao juiz maior poder na concretização da regra. Diz que cabe ao intérprete adequar a letra da lei à realidade, mas afirma que não se trata de poder discricionário, no sentido utilizado pelo direito administrativo. Defende as formas abertas como a possibilidade do juiz adaptá-las às necessidades do caso e que isso não significa

²⁸⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2007, p.51

²⁸⁷ NOGUEIRA, op. cit. p. 118

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 119

discricionariedade, mas sim ampliação da margem de controle da técnica processual pelo julgador.²⁸⁹

No mesmo sentido, Eros Roberto Grau nega a discricionariedade judicial por entender que o juiz não produz normas livremente. Ao juiz é atribuído formar exclusivamente juízos de legalidade. O dever-poder do juiz se contém nos limites da legalidade e da constitucionalidade e dessa maneira a discricionariedade se converte numa técnica de legalidade.²⁹⁰

Elival Ramos salienta que nem todo conceito indeterminado traduz-se por exercício de poder discricionário, mas somente aqueles de caráter valorativo em que o ponto de vista pessoal daquele que faz a apreciação discricionária tiver valor decisivo, ou então na hipótese de emprego, pelo legislador, de conceitos técnicos em que não haja consenso científico quanto à solução correta.²⁹¹

Como observado anteriormente, a grande maioria da doutrina posiciona-se pela não aceitação da discricionariedade, mas alguns a aceitam.

Nesse sentido é a posição de Lenio Luiz Streck²⁹², trazida por Nogueira, para o qual a discricionariedade não se refere àqueles dos atos administrativos, mas sim relativos a atos arbitrários. Para esse autor, trata-se de discutir o grau de liberdade de escolha dado ao intérprete (juiz) face à legislação produzida democraticamente, com dependência fundamental da Constituição. Para ele, a vagueza das palavras da lei juntamente com o fato que direito é poder, acaba por redundar em arbitrariedades.

Nogueira²⁹³ resume que o alcance de uma cláusula geral ou de um conceito indeterminado acaba sendo definido pela jurisprudência, através de reiterações de decisões judiciais para casos similares, ou não, em situação ainda mais preocupante, fixado em caso isolado, de acordo com o entendimento de um magistrado, evidenciando-se a possibilidade de definição unilateral e, portanto, antidemocrática da extensão de aplicabilidade de uma regra que fora instituída de forma legítima.

²⁸⁹ Ibid., p. 120

²⁹⁰ NOGUEIRA, op. cit. p. 121

²⁹¹ RAMOS, Elival da Silva. op. cit. p. 126

²⁹² NOGUEIRA, op. cit. p. 107

²⁹³ Ibid., p. 138

Adverte-se também que a questão hoje não é mais a neutralidade na aplicação do direito, mas a imparcialidade, dada à impossibilidade de o juiz sair de seu mundo, cuja linguagem desse mesmo mundo ele utilizará para decidir.

Superada a questão da discricionariedade judicial, passemos agora a tratar da questão do ativismo judicial.

Ramos citando Celso Lafer²⁹⁴, uma das consequências da expansão dos princípios na estrutura normativa das constituições é que a interpretação constitucional vem abrindo espaços, não só no Brasil como também em outros países, para o ativismo judicial e por via de consequência para a expansão do poder judiciário e para a interpretação mais extensiva da Constituição. Isso ocorre porque os princípios inicialmente imaginados como um meio para a expansão lógica e coerente de um ordenamento jurídico, promovem a expansão axiológica do Direito e dessa forma propiciam a interpretação extensiva criando com isso incertezas normativas.

Segundo Ramos²⁹⁵, para o conceito de ativismo judicial importa o modo de exercício da função jurisdicional, o qual em um estado democrático consubstancia uma proposta de institucionalização de poder que é exercido pelos órgãos indicados na Constituição e na forma por ela prescrita.

O princípio da separação de poderes, uma das peças chaves do Estado Constitucional, parte da identificação das principais funções a serem desempenhadas pelo Estado, envolvendo uma articulação entre os órgãos e as funções deste.

Segundo, Ramos as Constituições dos Estados de Direito não deixam de indicar quais são os órgãos que exercem o poder estatal, mas, nem sempre indicam expressamente a função que lhes compete exercer com relação aos demais e raramente se ocupam da caracterização material dessa atividade. O que acaba ocorrendo é que as tarefas vão sendo efetuadas pela doutrina e pelos operadores do sistema, tendo como referência o elenco de atos incluídos no rol de competência dos órgãos de poder.

Assim, um primeiro conceito de ativismo judicial aqui referido é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional em detrimento principalmente da função legislativa,

²⁹⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*. op. cit. p.12

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 104-137

mas também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo.²⁹⁶ Trata-se da “descaracterização da função típica do Poder Judiciário com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes.” Observa ainda Ramos que desde a obra clássica sobre ativismo judicial de Eduard Lambert, se associa o ativismo judicial à ingerência no tocante à função legislativa.²⁹⁷

A teoria da separação de poderes implica na manutenção dos órgãos do Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhe foi confiada. Mas, quais são os limites dessa jurisdição?

Ramos cita que os processualistas costumam, em sede da Teoria do Processo, estabelecer que “a jurisdição expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo”.

A função jurisdicional é um instrumento para a atuação do direito objetivo a garantir que as normas de direito contidas no ordenamento conduzam aos resultados práticos que o direito material preconiza. Adiciona-se a também ao escopo do processo jurisdicional os objetivos sociais, a resolução de conflitos intersubjetivos ou pendências jurídicas que comprometam a paz e a ordem na sociedade.

Ramos traz ainda o entendimento de Jorge Miranda²⁹⁸ para o qual “na função jurisdicional define-se o Direito em concreto, perante situações da vida (litígios entre particulares, entre entidades públicas e entre particulares e entidades públicas, e aplicação de sanções), e em abstrato, na apreciação da constitucionalidade e da legalidade de normas jurídicas.”

Neste ponto, Ramos²⁹⁹ conclui o conceito de ativismo judicial da seguinte maneira: “por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).”

²⁹⁶ Ibid., p. 116

²⁹⁷ Ibid., p. 116. Nota de rodapé 280

²⁹⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 1995. t. 5. p. 29 apud RAMOS, op.cit. p. 118

²⁹⁹ Op. cit. p. 129

Observa Ramos³⁰⁰ que os limites a serem observados pelo Poder Judiciário são os referentes à atividade de interpretação e aplicação, podendo a decisão do juiz ultrapassar os limites por vários motivos, como por exemplo, deixando de reconhecer a revogação ou a invalidade de dispositivos legais, ou ampliando, reduzindo ou alterando o espaço de interpretação que ele comporta. Saliencia que nos casos de textos com conceitos indeterminados, pode resultar em obstaculização do exercício de discricionariedade legislativa ou administrativa assentada no princípio de separação dos poderes, que resultariam violados.

Uma vez que o ativismo judicial é conceituado como um desrespeito aos limites da função jurisdicional, cabe agora verificar sua atuação em nosso ordenamento. Ramos³⁰¹ faz uma análise dessa atividade sob o prisma das decisões constitucionais, que compreende a atividade de interpretar e aplicar a constituição.

Como exemplo do ativismo judicial, Ramos³⁰², nos traz a denominada “doutrina brasileira do *habeas corpus* que corresponde à criação do Supremo Tribunal Federal para proteção de direitos e liberdades constitucionais que não desfrutavam de proteção adequada. Relata que a Constituição de 1824 estabeleceu garantias para impedir prisões arbitrárias mas, não contemplou um instrumento processual para fazer cessar a coação ilegal em detrimento da liberdade física de locomoção, que somente foi sanada pelo Código de Processo Penal de 1832 que previu a ação de *habeas corpus*.

Relata Ramos que a inexistência de garantias processuais que assegurassem a tutela de liberdades que não a de locomoção fazia com que advogados e juizes buscassem a extensão do *habeas corpus* a essas liberdades seriamente ameaçadas pelo autoritarismo presidencial dos primeiros tempos da República Brasileira. Foi no exercício da advocacia que a doutrina brasileira do *habeas corpus* começou a ganhar forma notadamente devido aos trabalhos de Rui Barbosa e de Pedro Lessa no Supremo Tribunal Federal.

Ainda segundo Ramos, essa doutrina brasileira do *habeas corpus* demonstra o “limite tênue que, por vezes, se põe entre a ousadia e criatividade no exercício da função jurisdicional.” Fazendo uma retrospectiva da atuação do Supremo, Ramos, conclui por um avanço do ativismo judicial, demonstrado pelos exames das decisões em matérias de grande repercussão.

³⁰⁰ Op. cit. p. 139

³⁰¹ Op. cit. p. 138

³⁰² Op. cit. p. 226

A atuação no caso sobre a perda de mandato por desfiliação partidária na medida em que se procedeu ao desdobramento ou reforço de um princípio constitucional, o da representação proporcional.

Ainda no caso a proscrição do nepotismo ocorreu um desdobramento exorbitante de princípio constitucional, para construir disciplina normativa que deveria ser veiculada pela legislação ordinária.

Ainda as decisões onde o STF declarou de eficácia plena e aplicabilidade imediata a norma constitucional assecuratória do direito à educação infantil, em creche e pré-escola, uma vez que o Poder Judiciário não pôde definir discricionariamente o nível de eficácia de normas constitucional em sede de direitos fundamentais ou não.

Conclui sua exposição observando que uma das principais causas do recrudescimento do ativismo judicial é de ordem institucional, visto a ineficiência dos poderes representativos na adoção das providências necessárias à concretização do projeto social-democrático da Constituição de 1.988.

Inclui ainda como fator de ativismo à assunção de atividade normativa atípica do Supremo Tribunal Federal , como por exemplo, na edição de Súmulas de observância obrigatória .

Nesse sentido de ativismo empregado por Ramos, há sim, a possibilidade de, na utilização da proporcionalidade ultrapassar os limites impostos pela Separação dos Poderes como, por exemplo, no caso do feto anencéfalo ao realizar uma interpretação extensiva dos artigos do código penal quanto à questão do aborto.

6 Aplicação da proporcionalidade

Na aplicação da proporcionalidade uma tarefa importante é o estabelecimento do peso entre os bens em litígio e este estabelecimento é efetuado pela ponderação.

Avila³⁰³ nos fornece a seguinte definição a respeito de ponderação:” *consiste num método a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento. Fala-se, aqui e acolá, em ponderação de bens, de valores, de princípios, de fins, de interesses. Para este trabalho é importante registrar que a ponderação, sem uma estrutura e sem critérios materiais, é instrumento pouco útil para a aplicação do Direito. É preciso estruturar a ponderação com a inserção de critérios. Isso fica evidente quando se verifica que os estudos sobre ponderação invariavelmente procuram estruturar a ponderação com os postulados de razoabilidade e de proporcionalidade e direcionar a ponderação mediante utilização dos princípios constitucionais fundamentais.*”

Ainda em relação a técnica de ponderação, Anderson Schreiber³⁰⁴ nos traz a seguinte observação:” *De um modo ou de outro, o que parece essencial para a aplicação da técnica da ponderação é menos uma ontológica classificação das normas em jogo como princípios, e menos ainda como princípios constitucionais, e mais a dialética entre as suas estruturas normativas. Normas de conteúdo mais específico e determinado que definem com alto grau de precisão seus pressupostos fáticos de incidência, tendem a chocar-se de forma solucionável pelos critérios tradicionais de eliminação de antinomias: hierarquia, antiguidade e, sobretudo, especialidade.*”

Dessa forma, normas de conteúdo mais genérico – como os princípios – e de enunciados aberto ou indeterminado – como as cláusulas gerais – que são encontradas em inúmeras situações concretas, aparentam, mediante os critérios de antinomias tradicionais chocarem-se de maneira insolúvel.

Em relação à admissibilidade da aplicação desta técnica nas cláusulas gerais, esta tem uma proximidade com os princípios, embora com eles não se confunda.

³⁰³ ÁVILA, Humberto. Op. cit. p. 145

³⁰⁴ SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil. 2012. p. 147

Dworkin³⁰⁵ relata que às vezes princípios e regras desempenham papéis bastante semelhantes e que a diferença entre eles reduz-se a uma questão de forma. Palavras como razoável, negligente, injusto e significativo desempenham frequentemente essa função.

Aduz o citado autor que quando uma regra inclui um desses termos, isso faz com que sua aplicação dependa, até certo ponto, de princípios e políticas que extrapolam a própria regra e a utilização desses termos faz com que essa regra se assemelhe mais a um princípio.

Percebe-se que Dworkin chega a cogitar das cláusulas gerais como “regras que parecem mais com um princípio”, negando, contudo, uma perfeita identificação entre as duas espécies normativas, ao argumento de que as cláusulas gerais, em última análise, contêm um comando mínimo que não admite flexibilização.

Assim, havendo o conflito de interesses juridicamente tutelado pelo ordenamento, como bem pontua Anderson Schreiber³⁰⁶ : *“de duas, uma: ou há uma regra de prevalência entre eles que pode ser extraída de normas específicas, que, a princípio, prevalecem sobre normas gerais por sua especialidade; ou na falta desta regras, somente as normas gerais podem ser invocadas como fundamento de tutela destes interesses. Nesta segunda hipótese, não é raro que o conflito se dê entre normas gerais de mesma hierarquia, antiguidade e especialidade (rectius:generalidade). Pense-se nos princípios constitucionais, mas também nas cláusulas gerais de um mesmo estatuto ou codificação, ou nos conceitos jurídicos indeterminados reunidos em uma mesma lei.”*

Ressalta o citado autor o caráter de “a princípio”, porque a regra extraída de normas específicas estará sujeita ao controle de validade diante das normas gerais.

Nessa linha de pensamento, não há óbice para aplicação de tal técnica na hipótese de conflitos entre cláusulas gerais de mesma hierarquia, antiguidade e especialidade, no caso concreto. Assim, devido aos termos indeterminados da cláusula geral, recomenda-se que antinomia destas normas não se resolvam pelos tradicionais critérios de solução, mas sim pela mesma solução dada aos conflitos entre princípios.

Anderson Schreiber³⁰⁷ traz como exemplo de colisão entre cláusulas gerais, a proposição de uma ação do proprietário de um terreno contra seu vizinho, um cantor de ópera.

³⁰⁵ DWORKIN, Ronald. Op. cit. p. 44-45

³⁰⁶ SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil . p. 140

³⁰⁷ Ibid.,. p. 148-149

No caso, há o confronto da cláusula geral da proibição do uso anormal da propriedade com a cláusula geral da boa-fé objetiva, verificando-se, por exemplo, que o autor da ação alienou ao tenor vizinho o imóvel tendo por ocasião da venda, não apenas sido informado da profissão, mas também se declarado seu fã.

Conclui Anderson que a própria doutrina constitucionalista vem reconhecendo crescentemente esta autonomia da técnica da ponderação em relação aos princípios, e a relatividade da distinção entre princípios e regras neste particular. Assim, a ponderação vem sendo, gradativamente, invocada em conflitos entre princípios, cláusulas gerais, enunciados normativos abertos, e quaisquer outras espécies normativas, que, sendo da mesma hierarquia, antiguidade e especialidade (ex: as normas constitucionais), incidam sobre os mesmos pressupostos fáticos presentes em certo caso concreto, impondo soluções distintas, sem que se possa, por conta disto, declarar de forma definitiva a impossibilidade de convivência abstrata entre tais normas

Está mais do que pacificada na doutrina constitucional que a técnica da ponderação utilizando o princípio da proporcionalidade é amplamente utilizada nas relações entre particulares envolvendo direitos fundamentais.

Dado que os direitos da personalidade são também direitos fundamentais não há óbice na aplicação da proporcionalidade à colisão entre particulares, envolvendo direitos da personalidades.

interessante é a conclusão da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, através do seu enunciado 247 que estatui: “ Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral da dignidade da pessoa humana. Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”³⁰⁸.

Portanto, diante da aplicação imediata das normas constitucionais às relações privadas e diante da proliferação das cláusulas gerais no direito privado, as relações entre particulares vêm, cada vez mais, identificando-se com normas de enunciado aberto, tais como vida privada, livre iniciativa, direito ao próprio corpo, dignidade humana, etc.,. que nos leva concluir que não há obstáculos para a aplicação da proporcionalidade em colisões entre normas de conteúdo genérico que incidam sobre a mesma situação fática.

³⁰⁸ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade*. 2011. p. 88

6.1 A aplicação diante de regras restritivas

Vimos anteriormente que os direitos fundamentais e os direitos de personalidade podem ser restringidos por normas infraconstitucionais, como por exemplo no artigo 11, 13 ou 20 do código civil sendo que este trata do direito a imagem, e que essa restrição impediria a aplicação da proporcionalidade, visto, haver regras explícitas efetuadas pelo legislador.

Entretanto, com bem posto por Anderson Schreiber,³⁰⁹ :” *Não se furta o legislador ao controle das regras de prevalência por ele mesmo estabelecidas, especialmente em face das normas constitucionais. Todo o sistema de controle de constitucionalidade, tão amplo no caso específico do ordenamento brasileiro, funda-se precisamente no objetivo de se exercer permanente vigilância sobre a conformidade entre as normas infraconstitucionais e a Constituição, em uma constante ponderação entre os meios eleitos pelo legislador e os fins que estava legitimando a perseguir. Mesmo a regra de prevalência consubstanciada em uma norma expressa sujeita-se a uma espécie de ponderação eventual, realizada por meio do exame de sua validade à luz da norma constitucional.*”

Nesse sentido, Daniel Sarmento³¹⁰, relata que a ponderação de interesses poderá ser realizada pelo Poder Judiciário quando a regra legislativa em questão tiver sua constitucionalidade questionada pela via incidental ou principal.

Para clarificar esta posição, Anderson Schreiber, traz como exemplo o artigo 20 do Código Civil Brasileiro que dispõe:

Art. 20: Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe destinarem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais

Conforme se aduz da norma acima, o próprio legislador elencou condições restritivas à preservação da imagem.

Assim, a primeira vista não poderia ser efetuada a ponderação dos interesses conflitantes vista a disposição do artigo acima. Entretanto, no exemplo trazido por Schreiber, temos a hipótese de um Ministro da República em visita a cidade ser vaiado por estudantes e

³⁰⁹ SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil. p.150

³¹⁰ SARMENTO, Daniel. A ponderação de Interesses na Constituição Federal. 2002. p. 113-114

uma cadeia de televisão veicular essa imagem. Nos termos do citado artigo 20 acima, não houve autorização do titular da imagem e nem se trataria de veiculação necessária a manutenção da ordem pública ou à administração da justiça. Conclui-se que neste caso a liberdade de informação deverá prevalecer.

Relata o citado autor que por esta razão já se sustentou a inconstitucionalidade do artigo 20 do código civil.

6.2 Procedimentalização da técnica

O uso que a doutrina constitucionalista faz da técnica da ponderação utilizando a proporcionalidade não pode, ser transposto para o ambiente civilístico, sem adaptações.

Os constitucionalistas utilizam esta técnica procurando identificar, em uma dada circunstância fática, condições de prevalência de um interesse sobre outro.

A identificação de tais condições permite estabelecer, para aquele tipo de conflito, uma regra de prevalência segundo a qual um interesse prevalece sobre outro, não de forma absoluta, mas de forma relativa ou seja, apenas diante daquela condição fática.

Já vimos que a máxima de proporcionalidade baseia-se em três critérios ou sub-princípios que são:

- a) Adequação
- b) Necessidade ou exigibilidade
- c) Proporcionalidade em sentido estrito

Vamos agora entender a procedimentalização de tais sub-princípios:

- a) O critério da adequação

Mendes³¹¹ relata que a Corte Constitucional alemã deve examinar se o meio é “simplesmente inadequado (*schlechthin ungeeignet*), “objetivamente inadequado” (*objektiv ungeeignet*), “manifestamente inadequado ou desnecessário (*offenbar ungeeignet oder unnötig*), “fundamentalmente inadequado (*grundsätzlich ungeeignet*), ou “ se com sua

³¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2012. p. 75

utilização o resultado pretendido pode ser estimulado” (*ob mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann*)

Entende-se que um fim possa ser considerado legítimo quando persegue a realização de um direito individual, de um bem coletivo ou de um bem jurídico nos contornos dos direitos fundamentais e dos demais princípios constitucionais.

Impõe que os meios sejam adequados a atingir os fins perseguidos. A conduta deve ser adequada a realização do interesse tutelado. Caso contrário o que se tem é abuso de direito. Exemplo disso é quando um jornal a pretexto de liberdade de informação divulga um texto com a exclusiva finalidade de atacar a honra de uma pessoa, não há que se considerar o uso da ponderação dos interesses em litígio (liberdade de informação x honra) visto que somente um dos bens está realmente sob tutela.

Anderson Schreiber, citando Karl Larenz, traz a decisão do Tribunal Constitucional Alemão no caso Mephisto, onde a divulgação de tal obra somente seria justificada quando o romance tivesse preponderantemente o objetivo de injuriar ou difamar pessoas. A conclusão que se retira desse exemplo é que o juízo que conclui pela inadequação do meio ao fim, não declara uma inadequação total, mas sim, uma inadequação predominante que certamente não dispensa a análise a honra do personagem Mephisto retratado. Dessa forma a medida em que a honra foi efetivamente afetada não deve impedir a análise de se determinar se realmente a liberdade de expressão foi ou não abusivamente exercida.

Da mesma forma, no caso da Cantora mexicana Gloria Trevi (que será analisada posteriormente) a intervenção no seu direito a privacidade e a intimidade para o recolhimento de material genético de placenta para fins de realização de perícia é um meio idôneo, adequado, para realizar o direito de proteção da honra dos policiais e a proteção da moralidade administrativa, persecução penal pública e segurança pública.

Dos exemplos acima, verifica-se que a adequação consiste em uma simples avaliação de conformidade entre o meio empregado e o fim desejado.

A esse conceito, Virgílio³¹² diz que no Brasil, o conceito difundido sugere que um meio deve ser considerado adequado se for apto para alcançar o resultado pretendido. Mas,

³¹² SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. p. 36-37

para este autor, o conceito não é o mais correto devido à tradução imprecisa da palavra em alemão *förden* para alcançar, quando o correto seria fomentar.

Então adequado não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com qual utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado.

b) Critério da necessidade ou exigibilidade

Este critério preconiza que entre as várias possibilidades deve-se escolher o meio menos gravoso para atingir o mesmo fim.

A título de exemplificação, um telejornal, como usualmente faz na veiculação de uma entrevista com testemunha de um ocorrido, ou crime, pode ocultar sua imagem para preservar sua identidade, ou então, no caso de texto, colocando apenas as iniciais de seu nome.

Embora tal critério seja também utilizado na execução civil, é um critério de difícil determinação já que muitas vezes os meios são comparáveis sob muito aspectos e a verificação da aplicabilidade deste critério muitas vezes só pode ser verificado a posteriori em casos concretos.

Ferraz citando Pulido³¹³ observa que uma medida só deve ser declarada desnecessária quando de modo evidente e com base em precedentes e nas práticas sociais assim o recomendam. Ademais, tal autor recomenda que em caso de dúvida ou insegurança da importância da intervenção, deve-se remeter a questão ao exame da proporcionalidade em sentido estrito.

Virgílio da Silva³¹⁴ apropriadamente mostra a diferença entre a necessidade e a adequação, onde o exame da necessidade é um exame comparativo e o de adequação um exame absoluto.

Mendes³¹⁵ observa com muita propriedade que apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado.

³¹³ FERRAZ, op. cit. p. 91

³¹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. p. 23-50

³¹⁵ Op. cit. p. 75

Nesse sentido um exemplo meramente didático, fora da ordem jurídica, é trazido por Ferraz³¹⁶ para demonstrar o alcance dos sub-princípios da adequação e necessidade.

Imagine-se uma comunidade indígena situada em uma pequena ilha e desprovida de qualquer recurso de saúde. O posto mais próximo fica em um pequeno distrito na outra margem do rio, cuja largura era significativa, correnteza forte, e ainda com relatos de existência de cobras e jacarés.

Um jovem pai procurou o cacique para pedir a dispensa de suas obrigações para que pudesse levar sua filha doente e devido a urgência, solicitou ao cacique autorização para transpor o rio nadando, levando sua filha consigo pois julgava poder alcançar a outra margem de forma mais rápida e eficiente.

O cacique após muito pensar deu a seguinte resposta: “O fim a que se refere é legítimo pois trata-se de caso de saúde de sua família e portanto esta dispensado de suas obrigações. Mas, o meio que você se propõe a atingir este fim é inidôneo ou inadequado porque com sua habilidade você certamente atingira o outro lado do rio. Entretanto, o cacique colocou a seguinte questão: não existiriam outros meios menos gravosos (perigosos) para fazer esta travessia? O uso de uma de nossas canoas não seria mais adequado?”

Esse singelo exemplo mostra que embora o meio utilizado para transpor o rio seja adequado, não passa no teste da necessidade, pois verifica-se a existência de outros meios para atingir esse fim de forma menos gravosa para a saúde de sua filha. Portanto o meio escolhido deve ser evitado.

c) Critério da proporcionalidade em sentido estrito

A proporcionalidade em sentido estrito pode ser definida como sendo a ponderação entre ônus imposto e benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos. É uma comparação entre o ônus imposto ao interesse lesado e a intensidade de realização do interesse lesivo.

A necessidade da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de que³¹⁷ “uma medida que fomentasse um direito fundamental com grande eficiência, mas que

³¹⁶ Op. cit. p..91

restringisse outros vários direitos de forma muito intensa teria que ser considerada proporcional e, portanto, constitucional”. Isso porque além de adequada a medida é necessária.

Ela refere-se à otimização em relação às possibilidades jurídicas.

Para entender a necessidade da proporcionalidade, Virgílio da Silva³¹⁸ nos traz o seguinte exemplo:

Com o intuito de realizar o direito à privacidade, o legislador aprova um projeto de lei, sancionado e promulgado, no qual se proíbe: (1) qualquer forma de jornalismo investigativo; (2) qualquer divulgação de dados constantes em qualquer processo, em qualquer nível; (3) a publicação de qualquer foro, de qualquer pessoa, a não ser com autorização expressa do fotografado; (4) a quebra do sigilo bancário, em toda e qualquer situação .

Este conjunto de medidas é adequado para a garantia da privacidade, mas sem dúvida é um exagero. A proporcionalidade em sentido estrito que consiste em um sopesamento entre os direitos envolvidos e tem como função principal evitar esses exageros, ou seja, evitar que medidas estatais, adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a obtenção do objetivo seja capaz de justificar.

Machado³¹⁹, citando Daniel Sarmento, conclui que “de um lado da balança devem ser postos os interesses protegidos com a medida e, do outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela.”.

Virgílio da Silva³²⁰ traz ainda a sutil diferença entre regra da proporcionalidade e sopesamento. Diz que muitas vezes essa distinção é ignorada e a consequência é que em casos que deveriam ser resolvidos por sopesamento, recorre-se à aplicação da regra de proporcionalidade.

Nos casos em que a restrição a um direito fundamental for veiculada através de uma regra presente em um texto normativo infraconstitucional, o legislador vê-se obrigado a

³¹⁷ SIVA, Virgílio Afonso. Direitos Fundamentais. 2010. p. 174

³¹⁸ Op. cit. p. 175

³¹⁹ MACHADO, Joana de Moraes S.M , op. cit. p. 114

³²⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. p. 178 – 179

fazer um sopesamento entre dois ou mais princípios, cujo resultado é expresso pela regra infraconstitucional. Esse resultado do legislador pode ser questionado judicialmente.

Nesse processo, se houver restrição a direito fundamental, deve-se recorrer à regra da proporcionalidade, nos seus sub-princípios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Já nos casos em que não há qualquer regra infraconstitucional que disciplina a colisão entre princípios, ou seja, que essa situação não tenha sido objeto de ponderação por parte do legislador, aí sim, deve haver um sopesamento entre os potenciais princípios constitucionais no caso concreto.

Virgilio da Silva alerta que algumas regras importantes da aplicação da proporcionalidade impossibilita sua correta aplicação pelos tribunais brasileiros. Uma dessas, embora pareça trivial mas com importantes consequências é a ordem pré-definida em que as sub-regras se relacionam.

Se enumerarmos independentemente de qualquer ordem, tem-se a impressão de poderíamos utilizar a necessidade e depois a adequação. Mas, não é assim. A análise da adequação precede a da necessidade, que por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito.

Relata ainda que a real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da proporcionalidade “nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras”, porque tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si.

Muitas vezes, têm-se a impressão de que o juiz deve proceder à análise de todas elas, mas esse pensamento não é correto, pois é na relação de subsidiariedade que reside a razão de ser da divisão em sub-regras. Dessa forma, subsidiariedade quer dizer que a análise da sub-regra necessidade só é exigível se o caso já não tiver sido resolvido com a sub-regra da adequação e assim sucessivamente.

Devemos fazer aqui uma pequena observação quanto à questão da renúncia, visto que o sopesamento entre direitos, equivale a uma renúncia, e em alguns casos, existem direitos cuja natureza implica que a renúncia se traduz necessariamente na sua extinção, como por exemplo no caso do direito a vida. Esta questão certamente deve ser levada em conta na

ponderação a ser realizada nestes casos, pois, conforme já visto anteriormente, nenhuma ponderação/sopesamento poderá importar em desprestígio à dignidade humana do homem, já que a garantia e promoção desta dignidade representa o objetivo magno colimado pela constituição e pelo Direito.

6.3 A questão da dignidade humana

Já vimos que a técnica de ponderação empregando o princípio da proporcionalidade pressupõe a inexistência de hierarquia formal entre os interesses em conflito.

Pietro Perlingieri^{321 322} acertadamente notou que com o termo despatrimonialização individualizou-se uma tendência normativa-cultural que vem sendo reconhecida como critério de ponderação à prevalência de interesses existenciais sobre patrimoniais.

Apesar de estar consolidado na doutrina que entre os princípios não existe hierarquia, para vários doutrinadores a dignidade humana possui um lugar de preponderância entre os princípios.

Antes de prosseguirmos devemos fazer uma pequena explanação a respeito da dualidade entre norma de dignidade humana e princípio da dignidade humana, que encontramos na literatura.

Oliveira³²³ citando Alexy diz que existem duas normas de dignidade da pessoa humana: a regra da dignidade da pessoa humana e o princípio da dignidade da pessoa humana. Como regra aplica-se nas hipóteses em que se encontrem em jogo intromissões graves nas componentes elementares da personalidade ou nos casos em que ocorra uma real e inequívoca incompatibilidade com o princípio constitucional que esteja em causa.

Como princípio aplica-se em todas as situações onde esteja em causa o valor intrínseco do indivíduo.

Neste trabalho, iremos utilizar a nomenclatura dignidade humana sem atermos a particularidade de regra ou princípio, pois não se trata do escopo deste trabalho.

³²¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. p. 23-50

³²² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. p. 33

³²³ OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *O direito geral de personalidade e a solução do dissentimento*. 2002. p.105

Sreiber³²⁴, relata que frequentemente afirma-se que “nenhuma ponderação poderá importar desprestígio à dignidade humana do homem, já que a garantia e promoção desta dignidade representa o objetivo magno colimado pela constituição e pelo Direito.”

Karl Larenz³²⁵, nota que a dignidade humana corresponde um escalão superior ao de outros bens, em especial aos bens materiais.

Não podemos deixar de reconhecer que os interesses materiais ou patrimoniais muitas vezes instrumentalizam a realização indireta de interesses existenciais, no âmbito da própria dignidade humana.

Pense-se, por exemplo, em uma decisão que nega a possibilidade de despejo de uma senhora idosa, em prejuízo do direito do proprietário, que desejava alojar no apartamento o filho recém-admitido em universidade cujo campus situava-se a longa distancia da moradia da família.

Anderson Scriber³²⁶ relata que embora se negue à dignidade humana uma supremacia formal em relação às demais normas constitucionais, a ela se atribui uma espécie de superioridade material ou axiológica.

A propósito, deve-se a Dürig o conceito axiológico de dignidade humana, onde o ser humano em virtude de sua autonomia ética, ou seja, de sua capacidade para por intermédio de uma decisão própria, tornar-se consciente, determinar-se a si mesmo e para conformar o mundo circundante, elevar-se por sobre o mundo da natureza e integrar-se no mundo da liberdade.³²⁷ O mundo da natureza é composto por objetos e o homem tem a faculdade de usá-los como instrumentos para realizar os seus fins. Já o mundo da liberdade é composto pelos sujeitos onde o homem tem o dever moral de reconhecê-los e respeitá-los.

Dürig inspirou-se na filosofia moral de Imanuel Kant para propor sua formula do objeto, onde a dignidade humana é atingida se o ser humano concreto é reduzido à condição de simples meio, de elemento substituível.

³²⁴ SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil. p. 176

³²⁵ LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. p. 586 apud SCHREIBER. Op. cit. p. 176

³²⁶ Op.cit. p. 176

³²⁷ DÜRIG, Günter. *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde- Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs I in Verbindung mit Art 19 Abs. II des Grundgesetz, in Archiv des öffentlichen Rechts, 1956, p. 125* apud OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. Op. cit. p. 106

Então para Dürig o conceito de dignidade exprime o valor intrínseco do ser humano resultante de sua qualidade de pessoa ou de sujeito, e não deve jamais ser tratado como natureza, ou seja, como instrumento ou como meio.

Exatamente devido a esse caráter que, muitas vezes frente a outros interesses existenciais como o dos direitos da personalidade, a dimensão individual da dignidade humana, deixa de prevalecer. Exemplo dessa situação é a decisão do Tribunal Superior do Trabalho³²⁸ que negou pedido de dano moral pelo emprego de detector de mentiras em investigação privada efetuada por uma companhia aérea no combate ao tráfico de drogas. Neste caso, prevaleceu a segurança pública em detrimento do interesse individual. Nesse caso, podemos em defesa dessa decisão, contrapor a dignidade individual da pessoa versus a dignidade de muitas outras que seriam atingidas.

Podemos citar outros exemplos, por sinal, comum em nossa vida, que são a participação em *reality show* do tipo *Big Brother*, onde os personagens efetuam verdadeira renúncia a direitos da personalidade em detrimento da dignidade humana.

Verifica-se portanto que no processo de ponderação entre colisões de conflitos envolvendo direitos existenciais ocorre em última análise um conflito entre dignidade humanas. Necessariamente a dignidade humana de uma das partes envolvidas cederá frente a dignidade humana da outra parte ou à dos demais.

Neste sentido, pode-se até argumentar que a prevalência de uma dignidade humana frente à outra, ocorrerá à medida em que realize em maior grau ou a realize mais imediatamente a dignidade humana de uma das partes.

Anderson Screiber³²⁹ chama a atenção para o fato de que o problema nessa solução ocorre justamente porque muitas vezes, a dignidade humana que se realize de forma mais imediata não a realiza em maior grau ou em maior amplitude diante das circunstâncias fáticas, como por exemplo a privacidade de uma pessoa em revista em aeroportos poderia comprometer a integridade física, que é um dos aspectos da dignidade humana, de muitas outras pessoas.

³²⁸ Agravo de Instrumento no Recurso de Revista 524/2004-092-03-40.9

³²⁹ Op. cit p. 178

Se a questão da ponderação envolver que uma das partes ceda em sua dignidade humana, cabe a questão: qual é esse limite no qual não mais é possível ceder na dignidade humana?

Nipperdey apropriadamente ensina que “no ordenamento jurídico a dignidade humana é realizada quando ela assegura a pessoa uma esfera na qual ela pode atuar como ser independente e moralmente autorresponsável, na qual ela nem é submetida à pretensão de poder de uma outra pessoa, nem é transformada em mero meio de uma finalidade comunitária, mas é pessoa autorresponsável livre.”³³⁰

Apropriadamente, Mac Crorie³³¹ relata que Luhmann apresenta um conceito sociológico de dignidade que a interpreta como resulta da auto-apresentação do ser humano concreto na sua identidade e na sua individualidade.

Segundo Oliveira³³², o encargo de conceder a cada ser humano uma identidade e uma individualidade excederia a esfera de capacidades do direito, implicando que os direitos fundamentais forneceriam as condições necessárias para o comportamento pessoal, para a apresentação como personalidade individual e, reduzindo os riscos da coação pelo Estado.

Luhmann³³³ defende que dignidade não consiste numa qualidade inata do homem nem num valor, sendo antes uma aspiração, algo que deve ser construído pelo próprio indivíduo. Isso significa que os direitos fundamentais não têm como função garantir a dignidade, mas sim assegurar as condições da sua prestação.

A teoria de Luhmann defende uma concepção de dignidade que permite a possibilidade de realização pessoal, impedindo que se imponham determinadas imagens de homem e concepções de dignidade e evitando a identificação do Estado com uma teoria filosófica e resultando claramente desta concepção que cabe ao próprio indivíduo determinar o que constitui sua dignidade.³³⁴

³³⁰ NIPPERDEY, Hans Carl. *Direitos fundamentais e direito privado*. 2012. p. 52

³³¹ CRORIE, Benedita. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*. p.

83

³³² OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. Op. cit. p.107

³³³ MAC CRORIE, B. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*. p.

83

³³⁴ MAC CRORIE, B. *Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares*. p.

87

Entende-se que a dignidade é atribuída ao homem porque ele pode-se conceber como sendo um ser autônomo e capaz de se autodeterminar. Ser humanamente digno significa ser dotado de igual liberdade para fazer suas próprias opções de vida.

6.3.1 O desenvolvimento da personalidade humana como realização da dignidade humana.

Vimos recentemente que o desenvolvimento da personalidade é uma das formas para se realizar a dignidade humana. Resta-nos agora discorrer sobre o que se entende por desenvolvimento da personalidade.

O desenvolvimento da personalidade correlaciona-se com as ideias de liberdade, de autonomia e de autodeterminação do ser humano nas escolhas da vida para que possa ser aquilo que é. Também é correlacionado ao livre-arbítrio que acompanha o ser humano desde seus primórdios.

O problema que surge é transportar esse conceito para o âmbito jurídico e de que forma o Direito poderá tutelar esse desenvolvimento humano de forma a garantir a liberdade sem interferir nos resultados que cada pessoa alcançará.

Devido a poucas obras na doutrina brasileira, iremos fundamentar esse tópico através dos estudos efetuados na doutrina portuguesa e alemã, sobre o desenvolvimento da personalidade³³⁵.

A doutrina alemã, principalmente, realiza esse estudo através do direito constitucional e o relaciona com os direitos da liberdade e eventual direito geral de personalidade, que estão positivados no ordenamento constitucional alemão e no português, mas não no nosso.

Desenvolver a personalidade é permitir que a pessoa se desenvolva naquilo que é, naquilo que vai sendo e naquilo que virá a ser³³⁶. Significa respeitar as escolhas de cada ser

³³⁵ ALMEIDA, Kellyne Laís Laború Alencar de. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade – perspectiva do direito português*. 2012. p. 65-107

³³⁶ *Ibid.*, p. 78

humano para a própria formação durante toda a vida como forma de preservar sua individualidade e dignidade.

A ideia de liberdade esta intrinsecamente ligada ao desenvolvimento da personalidade, pois a dignidade humana exige a tutela do estado vedando qualquer forma de construção ou instituição de personalidade que não seja a livremente estabelecida pela pessoa. É necessário que o desenvolvimento da personalidade humana seja livre e voluntário, pois ela não se realizaria se fosse previamente determinada pelo Estado.

A ideia de liberdade aqui presente não pode ser aquela liberdade ilimitada, sob pena de significar a implosão da própria estrutura social, ou então teríamos a criação de um sistema de direitos sem a capacidade de fornecer uma tutela efetiva.

Como seria essa liberdade então? Uma definição efetuada por Hannah Arendt ao tratar da liberdade descreve-a como sendo: "somente quando o quero e o posso coincidem a liberdade se consuma."³³⁷

Mas a liberdade não equivale a arbitrariedade das escolhas humanas. Ao ser humano não basta apenas existir, é necessário que seja dada um sentido à própria existência. Dessa forma o desenvolvimento da personalidade não depende tanto do espaço de movimentação que lhe é dado, mas sim das qualidades das opções que lhe são oferecidas.³³⁸

Dessa forma, o desenvolvimento da personalidade humana implica na possibilidade de escolha entre as variadas e qualificadas opções e principalmente pela ausência de interferência nessas escolhas.

Como bem lembra Almeida, o livre desenvolvimento da personalidade se for consagrado como um direito poderá efetivamente atribuir à pessoa uma proteção mais concreta em face do Estado e dos particulares, pois lhe fornecerá um campo de movimentação mais estruturado que poderá inclusive ser exigido judicialmente.

Este direito ao livre desenvolvimento da personalidade apareceu no artigo 2, I da Constituição Alemã e inicialmente sofreu por parte da doutrina germânica acusação de ser ao mesmo tempo uma formula vazia, que abrangia tudo e não protegia nada.

³³⁷ ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 2011. p. 208

³³⁸ ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade – perspectiva do direito português*. p.79

Entretanto o Tribunal Constitucional Alemão não acompanhou a doutrina da fórmula vazia e desenvolveu o novo direito partindo não só do texto mas também do contexto constitucional. Assim, do artigo 2, I abstraiu-se a liberdade geral de ação e o direito geral de personalidade.

Por esse desenvolvimento, a liberdade geral de ação é a liberdade de se fazer ou deixar de fazer o que se quer, implicando a cada pessoa o direito, em face do Estado, de que não haja embaraço às ações e às abstenções humanas voluntárias. Em compensação, para equilibrar o reconhecimento de um tão amplo direito, o Tribunal reconheceu um âmbito de restrição que passa por três limites: a) direitos de outrem; b) ordem constitucional e c) lei dos bons costumes.

Cita Almeida³³⁹ que embora as primeiras manifestações desse livre desenvolvimento da personalidade deu-se no âmbito dos direitos fundamentais, atualmente têm-se voltado o tribunal em casos envolvendo as relações privadas, o direito privado como, por exemplo, no campo do direito dos contratos, com maior ênfase no atendimento dos valores existenciais das pessoas em detrimento dos valores patrimoniais.

Já quanto ao direito geral de personalidade, que já foi tratado em tópicos precedentes, foi fruto da conjugação do artigo 1, I com o artigo 2, I da Constituição alemã e tem por finalidade garantir a manutenção das condições básicas para a existência da pessoa impedindo que a ausência de previsão normativa referente a direitos da personalidade prejudiquem a pessoa.

Relata Almeida que o direito geral de personalidade foi uma necessidade sócio-jurídica historicamente justificada no contexto do Direito Alemão.³⁴⁰

O direito geral de personalidade produzido pelo tribunal constitucional alemão manifesta-se por um conjunto de direitos divididos em: direitos de autodeterminação, de autopreservação e de autoapresentação.

Os direitos de autodeterminação traduzem-se pelo poder de determinar-se a si próprio e não ser onerado de forma que afete a formação e a afirmação de sua identidade.

³³⁹ Op. cit. p. 83

³⁴⁰ Op.cit. p. 84

Os de autopreservação garantem à pessoa o poder de retirar-se, proteger-se e ficar por sua conta, tanto do ponto de vista social como do espacial.

Finalmente, os de autoapresentação garantem a possibilidade de se defender contra apresentações públicas depreciativas, falsas, desfiguradoras e indesejadas e também quanto a observações secretas e indesejadas acerca de sua pessoa.

Conclui Almeida que o direito geral de personalidade surgiu no direito alemão como forma de suprir a ausência de proteção da personalidade nos seus aspectos dinâmico e evolutivo.

Em relação ao desenvolvimento do livre desenvolvimento da personalidade no ordenamento português, este possui uma configuração legal diversa da do alemão, fonte de sua inspiração, visto que no direito alemão o próprio texto constitucional já traz seus limites e no português, não.

Então, o desenvolvimento da personalidade implica no respeito às escolhas efetuadas pelo ser humano rumo a sua própria formação como forma de preservar sua individualidade e dignidade.

Antes de fechar este tópico, resta-nos apenas fazer uma pequena observação a respeito do conceito de não interferência, visto que o desenvolvimento da personalidade implica na não interferência por parte do estado. Apropriadamente transcrevemos o conceito de não interferência proposto por Edmundson³⁴¹

“As ações permissíveis e as moralmente obrigatórias não justificam reações hostis por parte dos outros – portanto o agente não carece de proteções morais ulteriores contra tais reações (dado o dever geral de não reagir injustificadamente às ações alheias). As condutas proibidas, por sua vez, demandam proteção contra as reações dos outros, uma vez que algum tipo de reação é permitido. Mas os direitos do malfeitor o protegem contra reações desproporcionalmente severas ou oficiosas – este é o valor dos direitos como restrições às reações, e é isto que se deve entender por direito contra interferência.”

³⁴¹ EDMUNDSON, William A. *Uma introdução aos direitos*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes. 2006. p. 225

Como se depreende, a interferência não significa um completo abandono para que pessoa faça o que bem quiser, mas sim, não reagir desproporcionalmente aos casos necessários.

6.4 Aplicação prática do princípio a casos

O desenvolvimento teórico por si só não completa o estudo do princípio apresentado: torna-se necessário a aplicação deste à casos reais ou simulados. E o que faremos a seguir.

Iniciaremos por um caso intensamente debatido em quase todas as faculdades de direito pela sua grande repercussão.

6.4.1 O caso *Manuel Wackenheim* (lançamento do anão)

É um caso célebre³⁴² e sempre presente em quase todos os livros e artigos sobre direitos fundamentais. Passa-se na França, em Julho de 1.991, na cidade de Morsang-sur-Orge, Aix em Provence, onde o cidadão Manuel Wackenheim com pouco mais de 1,14m, devido a sua deficiência física, viu suas chances de trabalho serem extremamente reduzidos e por isso mesmo passou a exercer um trabalho inusitado. Participava de eventos organizados pela companhia *Société Fun-Production*³⁴³ onde protegido com um capacete e roupas acolchoadas com uma alça às costas permitia-se ser atirado pelos clientes dos bares e discotecas, onde quem o lançasse mais longe ganhava um premio.

Tal “esporte” rapidamente ganhou notoriedade ficando conhecido como “*lancer de nain* (lançamento do anão)” e, como passou a atrair as atenções das autoridades públicas francesas, em 27 de Novembro de 1991, o Ministro do Interior Francês estabeleceu uma política para eventos públicos, em especial de “atirar anões”, instruindo os representantes locais (prefects) a usarem seu poder de policia para instruírem os prefeitos a vigiar determinados espetáculos em suas regiões. A base legal para o banimento desse tipo de espetáculo baseava-se no artigo 3 da Convenção Européia para proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, que proibia a tortura e a punição ou tratamento degradantes, não humanos.

³⁴² SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2013. p. 1

³⁴³ [HTTP://www1.umn.edu/humanrts/undocs/854-1999.html](http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/854-1999.html)

O prefeito da cidade em 25 de outubro 1991 proibiu a realização de tal esporte. Wackenheim, então recorreu à corte administrativa de Versailles em 30 de outubro de 1991. Argumentou que a proibição daquele trabalho teria um efeito adverso em sua vida e representava uma afronta à sua dignidade. Reclamava ser vítima de violação pela França em seus direitos de liberdade, emprego e respeito pela vida privada e padrões adequados de vida e também direito a não discriminação. Também alegava que não havia trabalhos para anões na França e que aquele trabalho não constituía uma afronta à dignidade humana desde que dignidade consistia em ter um trabalho. Invocou os artigos 2, parágrafo 1; artigo 5, parágrafo 2; artigo 9, parágrafo 1; artigo 16; artigo 17, parágrafo 1, e artigo 26 da Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

A Corte anulou a proibição em 25 de fevereiro de 1.992, levando em consideração que não havia distúrbio a ordem, segurança ou à saúde pública na cidade de Morsang-sur-Orge. Argumentava ainda que mesmo que o prefeito suponha que o evento poderia representar uma degradação da dignidade humana, a proibição não poderia ser legalmente ordenada na ausência de circunstâncias particulares locais, pois a ordem seria então viciada por abuso de autoridade. E mais, argumentava ainda que a atividade econômica privada e o direito ao trabalho representam garantias fundamentais do ordenamento jurídico francês.

O prefeito em 24 de abril de 1992 recorreu da decisão e, em última instância o Conselho de Estado francês (Conseil D'état) na data de 27 de outubro de 1995, confirmou a decisão de primeira instância proibindo a prática do lançamento do anão considerando-a uma prática que feria a dignidade humana, e que o respeito pela dignidade humana fazia parte da ordem pública e que autoridade investida na polícia municipal tinha o poder para proibi-la. E mais, o respeito aos princípios da liberdade de emprego e comércio não era impedimento para o banimento da atividade lícita. O Conselho de Estado reafirmou que o evento poderia ser impedido mesmo na ausência de circunstâncias locais particulares. A partir de 27 de outubro de 1.995 a Société Fun-Productions decidiu parar com as atividades desse tipo, apesar do desejo de Wackenheim de continuar, vindo assim a ficar desempregado, visto que ninguém mais desejava organizar eventos desse tipo.

Gros e Froment escreveram um artigo elencando argumentos favoráveis e contrários à decisão do Conselho de Estado nos seguintes termos:³⁴⁴

³⁴⁴ GROS, Manuel; FROMENT, Jean-Charles. *Notes de Jurisprudence (C.E, Ass, 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, Ville d'Aix-en-Provence), Paris, Revue de Droit Publicpg. apud STANCIOLI, Bruno. p.107*

Em favor da proibição;

- A moral pública é elemento da ordem pública. Assim, a dignidade da pessoa humana, como expressão dessa moral, deve ser tida como elemento da ordem pública;
- O poder de polícia municipal tem como objetivo resguardar a ordem pública;
- A autoridade investida do poder de polícia pode, mesmo na ausência de circunstâncias locais particulares, impedir uma atração atentatória à dignidade humana da pessoa humana e à própria ordem pública;
- O arremesso de anões reduz o corpo do anão à condição de projétil (objeto), o que atenta contra o princípio da dignidade da pessoa humana;
- O exercício da liberdade de trabalho e de comércio não impede que um espetáculo, mesmo lícito, seja interdito para se resguardar a ordem pública.

Contra a proibição

- Para interditar um espetáculo deve-se analisar de maneira concreta o seu caráter imoral e exigir a existência de circunstâncias locais que tornem a medida necessária;
- A decisão do Conselho evidencia um sistema de repressão social relativa aos deficientes físicos, enraizado na sociedade, e que se originou, primordialmente, no higienismo do século XIX, na França. A anomalia física, considerada como patologia, está na origem de uma exclusão social e física do deficiente. Há uma tentativa de impedir a publicidade de um corpo socialmente desvalorizado.
- Há uma confusão quanto ao objeto. Fala-se de pessoa quando, na verdade, quer se referir meramente a corpo. Porém, é da própria lógica da dignidade poder transcender o corpo;
- A demagogia da sociedade impede a aceitação da importância do dinheiro na vida social. Pensa-se o princípio da dignidade humana sem se considerar a dimensão sócio-econômica.

Posteriormente, Wackenheim apresentou uma reclamação ao Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas argumentando que decisão proferida pelos tribunais franceses ao invés de proteger a dignidade humana, ao contrário, feria-a, já que o impedia de exercer uma profissão.

Argumentou ainda que tal decisão feria a sua liberdade, privacidade e, além disso, era um ato discriminatório contra os portadores de nanismo.

O Comitê entendeu que o caso não configurava discriminação visto que os anões eram as únicas pessoas aptas a serem lançadas por outras e considerou que o impedimento da atividade baseou-se em critérios objetivos e razoáveis e por isso não configurava violação aos direitos humanos.³⁴⁵

A partir dessa reclamação no Comitê de Direitos Humanos da ONU, o caso repercutiu mundialmente.

Schreiber³⁴⁶ em relação a este episódio relata que enquanto a maior parte das pessoas luta pela proteção de seus direitos, Wackenheim fazia exatamente o oposto: que seu direito à dignidade não fosse protegido.

Observando-se os argumentos levantados pelo Conselho de Estado para dar suporte à proibição verifica-se que baseiam-se na questão da ordem pública e na dignidade da pessoa humana.

Nota-se que o argumento pela dignidade não se refere à violação da dignidade de outras pessoas, mas sim, em relação a seu próprio direito. Segundo as autoridades francesas, isso violava seu próprio direito.

Um segundo argumento trata da manutenção da ordem pública. Mas o que vem a ser ordem pública? O que podemos entender por ordem pública? O Ministro Ayres Brito nos traz a exata definição do que vem a ser o conceito jurídico da ordem pública no julgamento do HC 101.300, julgado em 5-10-2010, Segunda Turma, DJE 18-11-2010, abaixo transcrito.

“O conceito jurídico de ordem pública não se confunde com incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144 da CF/1988). Sem embargo, ordem pública se constitui em bem jurídico que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo modo personalizado com que se dá a concreta violação da integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros, tanto quanto da saúde pública (nas hipóteses de tráfico de entorpecentes e drogas afins). Daí sua categorização jurídica-positiva, não como descrição do delito nem cominação de pena, porém como pressuposto de prisão cautelar: ou seja, como imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação que já se localizam na gravidade

³⁴⁵ Communication 854/1999 UM 2002. Biblioteca dos direitos humanos da Universidade de Minnesota

³⁴⁶ SCREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2013, p. 2

incomum da execução de certos crimes. Não da incomum gravidade abstrata desse ou daquele crime, mas da incomum gravidade na perpetração em si do crime, levando à consistente ilação de que, solto, o agente reincidirá no delito. Donde o vínculo operacional entre necessidade de preservação da ordem pública e acautelamento do meio social. Logo, conceito de ordem pública que se desvincula do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio (assim como da violação à saúde pública), mas que se enlaça umbilicalmente à noção de acautelamento do meio social.

Muitos juristas observam que a expressão ordem pública tem definição vaga e ampla, e varia no tempo e no espaço, sendo mais fácil a sua percepção na vida social, constituindo-se pelas condições mínimas necessárias a uma conveniente vida social: segurança pública, salubridade pública e tranquilidade pública.

Do ponto de vista formal, a ordem pública é o conjunto de valores, princípios e normas que pretende sejam observados em uma sociedade.

O conceito de ordem pública reflete, pois, os valores dominantes e a cultura jurídica dominantes em determinada época, reflete a noção de interesse social e dos direitos basilares de uma sociedade.

Efetuando uma retrospectiva histórica dos valores dominantes à época, não nos parece que o lançamento de anão ferisse a ordem pública vigente, isso porque considerando a divisão existente à época entre direito público e direito privado, o *Estado deveria respeitar a vontade de ambos os particulares*, visto que a relação era exclusivamente de direito privado onde vigia a autonomia privada.

Outras perguntas que surgem são se alguém pode violar seu próprio direito? Poderia alguém ser protegido contra a sua vontade? E até que ponto isso realmente é uma proteção?

Já vimos que a ordem jurídica entende ser perfeitamente aceitável a renúncia ao exercício de direitos e, em que pese a decisão tomada pelos tribunais franceses, na humilde opinião desse autor, o exercício desse trabalho não poderia ser impedido. Como bem lembra Schreiber³⁴⁷ a autolimitação pretendida por Wackenheim era restrita e temporária, não havia sacrifício permanente.

³⁴⁷ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. p. 28

Basta lembrar-nos de que a interpretação do artigo 11 de nosso código civil, e nesse caso admitida pela maioria da comunidade jurídica, não dever ser de maneira literal.

O caso para alguns oferecia a Wackenheim a oportunidade de se realizar como vários outros artistas circenses, mesmo que algumas pessoas considerem alguns destes espetáculos indignos ou degradantes. Para outros, e tal foi a decisão da corte francesa, a escassez de emprego gerava naquelas circunstâncias uma situação de submissão reduzindo-o a condição de objeto do lazer alheio.³⁴⁸

A questão de que se alguém poderá ser protegido contra a sua vontade, implica na verdade na grande questão a ser respondida de até que forma e em que medida a ordem jurídica deve interferir na vida do cidadão. Já vimos que esse limite é a dignidade humana, mas também vimos que nesses casos a questão submete-se ao entendimento do que vem a ser dignidade humana.

Em nosso entendimento a renúncia de Wackenheim não atingiu o limite de sua dignidade humana, então não deveria ser impedido.

A questão envolvendo o fato de alguém ser protegido contra a sua vontade envolve muitas questões e não pode ser resolvido de maneira simplista.

Acredita este autor que o conceito de autonomia privada nesses casos, deva ser analisada em vista das questões existenciais e seu conceito estendido.

Hoje vemos no programa Pânico vários anões sendo submetidos a brincadeiras que de certa forma degradam sua dignidade, que se estas ações ocorressem há décadas atrás, seriam, sem dúvida, consideradas como ofensiva à sua dignidade. Hoje, não.

6.4.2 Questões atinentes ao direito ao próprio Corpo

A historia mostra que ao longo do tempo o tratamento jurídico reservado ao corpo humano sofreu uma profunda influência do pensamento religioso. Somente na era moderna é que se passou a falar em um direito ao próprio corpo, significando com isso que o corpo deve

³⁴⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. p. 29

atender à realização da própria pessoa e não aos interesses de entidade abstrata, como Igreja, família ou Estado.³⁴⁹

A Constituição brasileira, em alguns dispositivos, reconhece o direito à integridade psico-físico do ser humano, como no artigo 5º, inciso XLIX, quando estabelece aos presos o respeito à integridade física e moral.

A legislação infra-constitucional, notadamente o código civil poderia ter avançado mais nesse campo, entretanto, limitou-se a tratar apenas dos atos de disposição do corpo humano, determinando em quais circunstâncias poderiam uma pessoa dispor no todo ou em parte de seu próprio corpo.

Com bem lembra Schreiber³⁵⁰, a tutela da integridade psicofísica da pessoa humana transcende em muito a questão dos atos de disposição do próprio corpo.

Sob este título veremos alguns casos ocorridos e iremos discutir alguns possíveis casos envolvendo a colisão e a sua solução através da proporcionalidade

6.4.2.1 O caso Gloria Trevi³⁵¹

A cantora mexicana Glória de Los Ángeles Treviño Ruiz - Gloria Trevi, foi acusada de corrupção de menores no México e foi detida aqui no Brasil. Enquanto aguardava o termino do processo de extradição (processo extradição nº.783) e encontrando-se presa nas dependências da Polícia Federal, e não tendo direito a receber visitas íntimas, engravidou e deu luz a uma criança.

Gloria Trevi imputou aos agentes a prática de crime de estupro, mas não permitiu o recolhimento de material genético para realização do teste de DNA para comprovação pericial.

Gloria entrou com esta petição junto ao STF ao tomar conhecimento “que se pretende, a sua revelia e por ocasião do parto de seu filho, colher material genético, do líquido amniótico, com o propósito de se fazer um exame de DNA para averiguação da paternidade do nascituro”.

³⁴⁹ Ibid., p. 32

³⁵⁰ Op.cit. p. 33

³⁵¹ Reclamação N. 2040-1 Distrito Federal – D.J. 17.06.2003 - STF

Fundamentou seu pedido em que a “questão da paternidade de seu filho reveste-se de características próprias, atinentes a personalidade do nascituro e da intimidade de sua vida privada”.

Aduz que ninguém tem o direito de efetuar a coleta de material dela ou de seu filho à sua revelia, pouco importando para isso o fato de ser sido concebido o nascituro enquanto ela se encontrava presa nas dependências da Polícia Federal.

Reforça que o fato reveste-se de flagrante violação e intromissão na sua intimidade e vida privada que são constitucionalmente protegidos.

Tal fato deu-se porque a polícia federal responsável pelas investigações requereu a realização do exame de DNA como único meio de esclarecer as circunstâncias da gravidez de Glória e com isso apurar as possíveis responsabilidades administrativas e penais dos aludidos funcionários públicos, visto que como todos os funcionários que estavam trabalhando no plantão e na custódia de Glória comprometeram-se espontaneamente a fornecer material genético para o exame.

Tal pedido somente ocorreu devida a negativa de Glória Trevi de fornecer material e recusar-se a declarar quem seria o pai do nascituro.

O MP manifestou-se a favor e o Juiz federal da 10ª. Vara deferiu parcialmente o pedido.

O STF verificou a ocorrência de colisão entre o direito a intimidade e a vida privada, do direito do preso a integridade física e moral de um lado, Glória Trevi, e do outro a honra dos agentes policiais, tão bem como os bens coletivos da honra da instituição Polícia Federal, a moralidade administrativa a persecução penal e a segurança pública.

Na solução dessa colisão, o STF entendeu justificável a intervenção nos direitos fundamentais de Glória Trevi, ordenando então a coleta de material genético oriundo da placenta para realização do exame de DNA.

Nesse caso, verificando os pressupostos para aplicação da proporcionalidade, vemos que o primeiro quesito, quer seja a da adequação, subsume-se perfeitamente visto que a

medida (recolhimento de matéria genético é hábil para atingir o fim pretendido – paternidade) e ademais é legítimo.

Quanto ao segundo quesito, o da necessidade, notamos que diante da recusa de Gloria em declinar o nome do pai e de recusar-se a doar material de seu corpo para realização dos testes, não haveria outro meio a ser utilizado que preservasse a integridade física de Gloria, visto que a medida mandava o médico recolher material da placenta após a realização do parto.

Quanto ao quesito da proporcionalidade em sentido estrito, verifica-se que pela decisão do STF, este estabeleceu a precedência da honra dos policiais e moralidade pública e segurança pública já que a utilização da placenta evitava a realização do exame “debaixo de vara” repellido pela Corte.

6.4.2.2 O caso do DNA “debaixo de vara”³⁵²

Este caso refere-se a submissão do réu em ação de investigação de paternidade pelo exame de DNA que, diante de sua negativa em realizá-lo, o juiz determinou que se conduzisse o réu, sob força, se necessário nos termos do artigo 130 do código de processo civil.

Foi através do Habeas Corpus nº 71.373-4 proveniente do Rio Grande do Sul, sendo coator o TJ do Rio Grande do Sul.

O impetrante do Habeas Corpus, José Antonio Gomes Pinheiro Machado, réu de uma ação de investigação de paternidade junto à 2º Vara de Família e Sucessões do Foro Centralizado da Comarca de Porto Alegre, promovida pelas gêmeas Thais Marques Rosa e Lívia Marques Rosa, filhas de Heloísa Maria Marques Rosa.

Comunicado pelo juízo da realização de prova pericial através de análise de grupos sanguíneos e outras investigações, o intimado comunicou que não se submeteria a exames, o que foi aceito pela Dra. Juíza em 20-05-92 reconhecendo que a parte não esta obrigada a realização da prova, mas que sua negativa seria analisada de acordo com o restante da prova.

Entretanto, antes de ser concluída a audiência, a Juíza, adotou outra solução para coagir o impetrante a submeter-se aos exames periciais. Ela reviu sua posição e determinou que o réu deveria comparecer, assim que intimado, sob pena de condução sob vara e

³⁵² Habeas Corpus 71373-4 Rio Grande do Sul – Ementário STF nº. 1851-02 DJ 22.11.96

fundamentado que não era cabível invocar direito personalíssimo de disponibilidade do próprio corpo, conforme se observa no trecho de sentença abaixo:

“No presente caso estão em jogo interesses de duas menores. Outrossim, pelo que está nos autos, uma das partes está faltando com a verdade e o exame dirime dúvida estabelecendo, praticamente em definitivo, com quem está a verdade, desmascarando-se ou a oportunista ou o que tenta eximir-se da responsabilidade da paternidade.

Não há motivo para que o réu se negue ao exame, a menos que esteja com receio do resultado. Hoje, com o avanço das pesquisas genéticas, é inconcebível que não seja feito tal exame neste tipo de ação.

Assim, determino a realização do exame, a ser realizado pelo Dr. Jobim, já compromissado. Oficie-se para marcação de data. Deverá o réu comparecer, assim que intimado, sob pena de condução sob vara, eis que, no caso, seu corpo é “objeto de direitos”, não sendo cabível invocar “direito personalíssimo de disponibilidade do próprio corpo.”

Dessa decisão, foi interposto Agravo de Instrumento e, no seu julgamento a Oitava Câmara Cível do TJRS por maioria de 2 votos a 1, manteve a decisão de primeiro grau.

Também os embargos de declaração, embora sanados os pontos omissos, confirmou o acórdão embargado.

Interpôs-se recurso especial e extraordinário, sendo que o argumento do extraordinário foi que a decisão recorrida contrariou os incisos II e X do artigo 5º, da CF.

No STF foi designado como relator o Ministro Rezek, que entendeu inexistir qualquer violência contra os direitos fundamentais do réu, conforme se pode observar no trecho de seu voto abaixo:

.....O que temos agora em mesa é a questão de saber qual o direito que deve preponderar nas demandas de verificação de paternidade: o da criança à sua real (e não apenas presumida) identidade, ou o do indigitado pai à sua intangibilidade física.

No julgamento do RE 99.915 (RTJ 110/1122), sob minha relatoria, ponderei que me parecia “ainda presente na justiça brasileira – como, de resto, na sociedade brasileira – uma tendência majoritária a enfrentar estes casos centrando atenções na pessoa do investigado, e sempre empregando uma ótica

essencialmente penal”. É alentador observar, na hora atual, que a visão individuocêntrica, preocupada com as prerrogativas do direito do investigado, vai cedendo espaço ao direito elementar que tem a pessoa de conhecer sua origem genética. A verdade jurídica, geralmente fundada em presunção, passa a poder identificar-se com a verdade científica.....

.....Nesta trilha, vale destacar que o direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado. Por vezes a incolumidade corporal deve ceder espaço a um interesse preponderante, como no caso da vacinação, em nome da saúde pública. Na disciplina civil da família o corpo é, por vezes, objeto de direitos. Estou em que o princípio da intangibilidade do corpo humano, que protege um interesse privado, deve dar lugar ao direito à identidade, que salvaguarda, em última análise, um interesse também público.....

O impetrante alega que a ordem de condução expedida contra si afronta o artigo 332 do Código de Processo Civil. Da sua ótica, o exame é ilegítimo, já que ninguém pode ser constrangido a submeter-se a prova pericial contra sua vontade. Ocorre que a lei, conquanto não autorize diretamente o exame hematológico, como qualquer outro exame, é geral. Tem o magistrado faculdade de determinar as provas que julgar necessárias à perfeita instrução do processo, podendo a parte, por igual, propor a realização de todas aquelas em direito permitidas, tal como fez o paciente em sua contestação (fls.37). É o que diz o artigo 130 do CPC, complementado pelo artigo 332, que inclui “todos os meios moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código. “ E é contundente, a relação de pertinência entre a prova pretendida e o objeto da ação, onde se discute o tema da paternidade.

Lembra o impetrante que não existe lei que o obrigue a realizar o exame. Haveria, assim, afronta ao artigo 5º., II da CF. Chega a afirmar que sua recusa pode ser interpretada, conforme dispõe o artigo 343-§2º do CPC, como uma confissão (fls6). Mas não me parece, ante a ordem jurídica da república neste final de século, que isso frustre a legítima vontade do juízo de apurar a verdade real. A lei 8.069/90 veda qualquer restrição ao reconhecimento do estado de filiação, e é certo que a recusa significará uma restrição a tal reconhecimento. O sacrifício imposto à integridade física do paciente é risível quando confrontado com o interesse do investigador, bem assim com a certeza que a prova pericial pode proporcionar à decisão do magistrado.

Um último dispositivo constitucional pertinente que o investigado diz ter sido objeto de afronta é o que tutela a intimidade, no inciso X do art. 5º. A propósito, observou o parecer do Ministério Público: “ a afirmação, ou não, do vínculo familiar não se pode opor ao direito ao próprio recato. Assim, a dita intimidade de um não pode escudá-lo à pretensão do outro de tê-lo como gerado pelo primeiro”, e mais a Constituição impõe como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança o direito à dignidade, ao respeito, além de colocá-la a salvo de toda forma de negligência. Como bem ponderou o parquet federal, no desfecho de sua manifestação, “não há forma mais grave de negligência para com uma pessoa do que deixar de assumir a responsabilidade de tê-la fecundado no ventre materno.....”(fls.206).

Estas as circunstâncias, parece-me que o Tribunal a quo conduziu-se com acerto que não merece censura.

Indefiro o pedido.

Com voto no mesmo sentido, o Ministro Ilmar Galvão, considerou que é interesse que ultrapassa os limites da patrimonialidade possuindo conotação de ordem pública, e por isso mesmo tendo aspecto suficiente para suplantar o egoístico direito à recusa. Dessa forma, no confronto dos dois valores posiciona-se em favor do filho, indeferindo o habeas corpus.

No mesmo sentido, posicionou-se o Ministro Sepúlveda Pertence, considerando que tratando-se de confronto de valores constitucionais relevantes, não se pode opor o mínimo sacrifício imposto à inviolabilidade corporal a eminência dos interesses constitucionalmente tutelados á investigação da própria paternidade.

Entretanto, a Corte, acatou parecer contrário efetuado pelo Ministro Marco Aurélio, conforme voto abaixo:

Ninguém está compelido, pela ordem jurídica, a adentrar a Justiça para questionar a respectiva paternidade, da mesma forma que há consequências para o fato de vir aquele que é apontado como pai a recusar-se ao exame que objective o esclarecimento da situação. É certo que compete aos cidadãos em geral colaborar com o Judiciário, ao menos na busca da prevalência dos respectivos interesses e que o sacrifício – na espécie, uma simples espetadela – não é tão grande assim.

Todavia, princípios constitucionais obstaculizam a solução dada à recusa. Refiro-me, em primeiro lugar, ao da legalidade, no que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Inexiste lei reveladora de amparo à ordem judicial atacada neste habeas-corpus – no sentido de o Paciente, Réu na ação de investigação de paternidade, ser conduzido ao laboratório para a colheita do material indispensável ao exame. Ainda que houvesse, estaria maculada considerados os interesses em questão – eminentemente pessoais e a inegável carga patrimonial – pela inconstitucionalidade. Digo isto porquanto a Carta Política da República – que o Dr. Ulisses Guimarães, em perfeita síntese, apontou como a “Carta Cidadã” – consigna que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas – inciso X do rol das garantias constitucionais (artigo 5º). Onde ficam a intangibilidade do corpo humano, a dignidade da pessoa, uma vez agasalhada a esdrúxula forma de proporcionar a uma das partes, em demanda civil, a feitura de uma certa prova? O quadro é extravagante e em boa hora deu-se a impetração deste habeas-corpus. É irrecusável o direito do Paciente de não ser conduzido, mediante coerção física, ao laboratório. É irrecusável o direito do Paciente de não permitir que se lhe retire, das próprias veias, porção de sangue, por menor que seja, para a realização do exame. A recusa do Paciente há de ser resolvida não no campo da violência física, da ofensa à dignidade humana, mas no plano instrumental, reservando ao Juízo competente – ou seja, o da investigação de paternidade – a análise cabível e a definição, sopesadas a prova coligida, e a recusa do réu. Assim o é porque a hipótese não é daquelas em que o interesse público sobrepõe-se ao individual, como o das vacinações obrigatórias em época de epidemias, ou mesmo o da busca da preservação da vida humana, naqueles conhecidos casos em que convicções religiosas arraigadas acabam por conduzir à perda da racionalidade.

Por tudo, peço vênua ao nobre Relator para conceder a ordem e cassar a determinação no sentido de o Paciente ser conduzido, “debaixo de vara”, para a colheita do sangue viabilizador do exame, ao laboratório.

No mesmo sentido, o Ministro Sydney Sanches, seguiu o voto dos Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello considerando não parecer ser possível conduzir alguém a juízo e submetê-lo contra sua vontade à extração de sangue.

O Ministro Néri da Silveira em seu voto ao invocar o artigo 339 do código de processo civil, que dispõe que ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário, indaga-se se esse comando tem a força de compelir o réu a dispor de direito indisponível. Lembra que o inciso X do artigo 5º da Constituição ao assegurar a inviolabilidade da intimidade compreende também a inviolabilidade do corpo. Conclui que nesse confronto não se pode esquecer de um outro inciso, o I do artigo 5º da Constituição que dispõe que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Dessa forma, não há lei alguma obrigando o presumido pai ou quem réu em ação de investigação de paternidade a sujeitar-se a prova dessa natureza..

Ressalta que a questão em confronto é atinente à liberdade e aos direitos individuais e dessa forma, ninguém pode ser constrangido, contra sua vontade, a um exame que implica extração de material hematológico de seu corpo.

O Habeas Corpus foi deferido por maioria de votos, vencidos os ministros Rezek, Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence.

Gilmar Mendes³⁵³ ao comentar esse acórdão observa que a doutrina não se manifestou diretamente sobre o tema e por isso torna-se difícil saber se a ponderação efetuada levou em consideração todos os aspectos envolvidos na colisão.

Sobre o voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio, diz que não se pode afirmar com absoluta tranquilidade que “ a hipótese não é daquelas em que o interesse público sobrepõe-se ao individual, como a das vacinações obrigatórias em época de epidemias, ou mesmo o da busca da preservação da vida humana naqueles conhecidos casos em que convicções religiosas arraigadas acabam por conduzir à perda da racionalidade”.

Entretanto, Maria Celina Bodin de Moraes³⁵⁴ em um artigo na Revista Forense, trata do tema contrapondo-se à decisão da corte suprema, sob o fundamento de que “a integral tutela da criança, em particular de sua dignidade, reflete, nessa medida e ainda hoje, tarefa primária e urgente, da qual decorre, em primeiro lugar, o conhecimento da identidade verdadeira, e não presumida, dos progenitores”.

³⁵³ Op.cit. p. 104

³⁵⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade*. 1998. p. 156-168

Mendes citando Ranier Frank³⁵⁵ relata que os tribunais franceses, italianos e espanhóis entendem que a recusa de submeter-se ao exame biológico não tem consequências senão na apreciação das provas pelo juiz, enquanto que o direito inglês entende que a recusa vale por obstruir a busca da prova e deve conduzir à perda do processo. Isto, explica Frank, porque a França, Itália e Espanha obedecem aos princípios concernentes ao estado da pessoa e um julgamento sobre filiação tem efeitos *erga omnes* e deve levar em conta a verdade biológica enquanto que na Inglaterra as questões relativas ao direito da filiação são sempre examinadas enquanto questões prejudiciais autônomas, incidentes, no âmbito de processos de alimentos ou relativos à sucessão.

Relata ainda Ranier Frank, que a Alemanha é exceção, pois desde a reforma de 1.938 a regra é a submissão coativas das partes e das testemunhas à coleta de sangue, desde que essa medida seja necessária ao exame da filiação da criança.

Esclarece Ranier, que essa inovação surgiu no auge do nacional socialismo quando sob o regime totalitário as pesquisas sobre origens raciais e genéticas aumentaram de importância. Chama a atenção para o fato de que no após guerra essa compulsoriedade não foi estigmatizada como vinculada ao pensamento nazista e ao contrario até a reforma de 1.950 foi justificada como decorrente do principio inquisitório que domina no direito alemão os procedimentos relativos á filiação, sendo finalmente legitimado pelo Tribunal Constitucional Alemão como constante entre os direitos gerais da personalidade e do direito ao conhecimento da origem genética.

Apropriadamente, Maria Celina Bodin de Moraes³⁵⁶, fez a época um apanhado do status quo da doutrina e jurisprudência no tocante a este assunto nos trazendo as seguintes conclusões: a) a jurisprudência brasileira avalia a recusa sempre de modo desfavorável ao réu, intepretando-as desde simples indício, até a presunção *júris tantum* com a conseqüente inversão do ônus da prova. Fundamenta essa interpretação a presunção de que quem nada tem a esconder não perderia a oportunidade de provar a exclusão da paternidade; b) há quem entenda que a recusa implica em confissão pois a parte já prevê um resultado desfavorável o que equivaleria implicitamente a confessar; c) majoritariamente a jurisprudência confere a recusa valor de indício probatório e a recusa injustificada aliada a outros fatores têm sido utilizada para fundamentar a procedência do pedido

³⁵⁵ FRANK, Ranier. *L' Examen Biologique sous Contrainte dans le Cadre de l'établissement em Droit Allemand*. *Révue Internat. Dr. Compare*, 1995, n. 4/905,908 apud Mendes, op. cit. p. 105

³⁵⁶ Op. cit . p. 156-168

Já em relação á doutrina, relata a autora que esta considera que a recusa pode apenas ser interpretada desfavoravelmente ao réu, não sendo traduzida em prova cabal, ou confissão, considerando que o exame de DNA é apenas um meio de prova complementar e não fundamento da sentença.

Fazendo uma análise baseado apenas na proporcionalidade, chegamos a conclusão de que a decisão tomada pelo Ministro Marco Aurélio, apesar de não a invocar, poderia ser perfeitamente subsumida aos seus três sub-princípios.

Em relação à adequação, precisamos verificar se a medida tomada, ou seja para o reconhecimento da paternidade, a medida tomada era adequada? Uma vez que não houve a disposição voluntária para o reconhecimento, urge-se a tomada de uma medida judicial para tanto. Neste sentido, reconhece-se a adequação da mesma.

Em relação à necessidade, temos claramente que a medida, colheita de material genético de maneira forçada para obter-se a declaração judicial de paternidade ou não, é claramente não adequada, visto que o fim perseguido pela ação judicial, que adequada, poderia ser obtida de outras maneiras, que não a extração forçada de material genético.

Mesmo que admitido a necessidade de extração forçada de material genético, que repito não é o caso, um exame da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, um juízo de ponderação, afastaria a necessidade de extração forçada, visto que o próprio ordenamento brasileiro, tem outras ferramentas para decidir o caso.

Embora, o voto vencedor do Ministro Marco Aurélio, não tenha mencionado ou aplicado a proporcionalidade, esta, se aplicada, conduziria ao mesmo resultado.

6.4.2.3 O caso das testemunhas de Jeová

As testemunhas de Jeová pertencem a uma religião que conta com inúmeros adeptos no território brasileiro e a principal polêmica em relação a esta religião é o fato de que não aceitam a transfusão de sangue.

No seu site oficial www.jw-media.org, pode-se obter várias informações (linguagem a escolher, inclusive em português), sendo que o nome, segundo o seu site, Jeová quer dizer o nome de Deus (Êxodo 6:3 Salmo 83:18) e o significado de Testemunhas de Jeová, é de ser

um “grupo de cristãos que declaram a verdade sobre Jeová, o Criador de todas as coisas”, e eles dão o testemunho (daí a razão de testemunhas) às pessoas do seu modo de viver e das coisas que aprenderam na Bíblia.

Segundo dados coletados em seu site, estão presentes em 239 países ao redor do mundo e são por volta de 7,96 milhões de seguidores (7.965.954 pessoas) e possuem 113.823 congregações.

A polêmica em relação a esta religião é o fato deles não aceitarem a transfusão de sangue sob nenhuma forma. Mas porque eles não a aceitam? Para saber essa resposta, pesquisamos junto ao site oficial da organização (endereço acima) e deste transcrevemos a seguinte explicação:

Por que as Testemunhas de Jeová não aceitam transfusão de sangue?

Isso é mais uma questão religiosa do que médica. Tanto o Velho como o Novo Testamento claramente nos ordenam a nos abster de sangue. (Gênesis 9:4; Levítico 17:10; Deuteronômio 12:23; Atos 15:28, 29) Além disso, para Deus, o sangue representa a vida. (Levítico 17:14) Então, nós evitamos tomar sangue por qualquer via não só em obediência a Deus, mas também por respeito a ele como Dador da vida

A Bíblia os proíbe de tomar sangue por qualquer via. Assim, não devem aceitar sangue total ou seus componentes primários, quer como alimento, quer numa transfusão. Veja os textos a seguir:

- Gênesis 9:4. Embora tivesse permitido que Noé e sua família passassem a se alimentar de carne animal após o Dilúvio, Deus os proibiu de comer o sangue. Ele disse a Noé: “Somente a carne com a sua alma — seu sangue — não deveis comer.” Desde então, isso se aplica a todos os humanos, porque todos são descendentes de Noé.
- Levítico 17:14. “Não deveis comer o sangue de qualquer tipo de carne, porque a alma de todo tipo de carne é seu sangue. Quem o comer será decepado da vida.” Para Deus, a alma, ou vida, está no sangue e pertence a Ele. Embora essa lei tenha sido dada apenas à nação de Israel, ela mostra a importância que Deus dava a não comer sangue.
- Atos 15:20. ‘Abstenham-se do sangue.’ Deus deu aos cristãos a mesma proibição que deu a Noé. A História mostra que os primeiros cristãos não consumiam sangue, nem mesmo para fins medicinais.

O problema surge quando da necessidade de se efetuar uma transfusão de sangue em pessoas com risco de vida, pois nesse caso, teremos um confronto entre as convicções do paciente testemunha de Jeová, e os médicos responsáveis pela saúde do paciente que se encontram frente a um dilema.

O Conselho Federal de Medicina, pelo seu plenário, divulgou a Resolução CFM 1.021/80³⁵⁷, com fundamento nos artigos 1º, 30, e 19 do Código de Ética Médica, estabelecendo que :

1 – se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis;

2 – se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis.

A questão do “perigo iminente”, podemos por analogia ir buscar a definição no direito penal no caso do perigo iminente na legítima defesa, que transposta ao nosso caso, significa que se o médico não efetuar a transfusão, o paciente morre.

O dilema do médico pode ser traduzido, como uma colisão entre direitos fundamentais, ou seja, direito a vida, protegido pelo artigo 5º da nossa Constituição “ Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residente no país a inviolabilidade do direito a vida, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”, e o direito, também protegido pela mesmo artigo 5º., mas inciso VI, da liberdade de consciência e de crença religiosa.

Alguns consideram a liberdade de crença religiosa como a verdadeira origem dos direitos fundamentais que se iniciou quando a vitoriosa revolução inglesa instituiu o *Bill of Rights* com a imposição de uma religião oficial. Muitos ingleses temerosos de perseguição em relação áqueles que não professavam a religião oficial imigraram para as colônias inglesas – Estado Unidos - buscando um estilo de vida baseando na liberdade e na tolerância.

Schreiber³⁵⁸ relata que a liberdade religiosa abrange não só o aspecto positivo que é a permissão para realização de atos que da religião, mas também o direito a recusa à prática de atos que possam implicar violação às crenças destas pessoas.

Como se vê, temos aqui dois direitos fundamentais em colisão, ambos com o mesmo fundamento legal, ou seja, no artigo 5º da CF.

³⁵⁷ http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1980/1021_1980.htm Acessado junho 2014

³⁵⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. p. 52

Os casos que têm chegado ao judiciário representam bem essa polêmica, pois há decisões nos dois sentidos, demonstrando que não há uma direção a ser seguida, mas apenas, decisões baseadas em posições pessoais.

6.4.2.3.1 Habeas corpus 7.785 - SP

O primeiro caso a ser apresentado trata-se do Habeas Corpus N^o. 7.785 São Paulo (98/0051756-1) que requeria o trancamento de uma ação penal por justa causa, interposto junto ao Supremo Tribunal de Justiça , na data de 30 Novembro de 1.998 (Data do D.J).

Trata-se de um recurso ordinário interposto contra decisão da 3^o Câmara Criminal do TJSP, que negou Habeas Corpus em favor de Jose Augusto Faleiros Diniz, que foi denunciado nas penas do artigo 121 CP, por estar sofrendo constrangimento em virtude de ação penal em curso na 3^o Vara Criminal de São Vicente.

Na madrugada de 21 de julho de 1.993 foi internada no Hospital São Jose uma menor apresentando anemia falciforme com um estado de saúde agravado. Exames clínicos indicaram a necessidade com urgência de uma transfusão de sangue. Apresentado aos pais e dados os devidos esclarecimentos, estes recusaram-se a permitir a transfusão invocando preceitos religiosas das Testemunhas de Jeová, do qual eram adeptos. Como o quadro da paciente agravava-se cada vez mais e os médicos do Hospital estavam quase conseguindo autorização do pai da menor, quando a genitora da menor comunicou tal fato a Jose Augusto (o paciente do presente habeas corpus), médico e também adepto da mesma seita, buscando orientação. Este compareceu ao hospital e na condição de membro da Comissão de Ligação com Hospitais das Testemunhas de Jeová, influenciou os genitores a não concordar com a transfusão e intimidou os médicos presentes ameaçando processá-los judicialmente caso realizassem a transfusão contra a vontade dos pais, tendo como consequência a morte da menor.

O habeas corpus requerendo o trancamento foi negado por unanimidade.

Este episódio, em uma análise superficial, mostra que aparentemente, os médicos preferiram não seguir nem o que recomenda o seu código de conduta e nem o que sua consciência moral e convicção lhes dizia que era correta, preferindo proteger-se numa declaração assinada pelos pais responsabilizando-se pelas consequências da não transfusão.

6.4.2.3.2 Agravo de Instrumento - TJMG

O segundo caso a ser estudado é proveniente do TJ de Minas Gerais no julgamento do dia 14-08-2007, no Agravo de Instrumento 1.0701.07.191519-6/0001 na 1ª Câmara Cível, tendo como relator o Des. Alberto Vilas Boas, sendo a comarca de origem a cidade de Uberaba, sendo Agravante Alan Laio Cardoso dos Santos e Agravado o MP de Minas Gerais.

Encontrando-se com câncer no sistema linfático e sob tratamento quimioterápico no Hospital das Clínicas de Uberaba, o paciente em questão, recusou-se a receber a transfusão de sangue, por ser integrante da corrente religiosa denominada Testemunhas de Jeová.

O Ministério Público desejando obter provimento jurisdicional para propiciar ao Hospital o direito de realizar, se necessário for, a transfusão de sangue a fim de evitar a morte do réu, entrou com ação civil pública com pedido de tutela antecipada.

Insurge-se o paciente contra tal medida, fundamentado em sua capacidade de auto-determinação derivada da liberdade de consciência e na liberdade de poder professar sua religião nos preceitos por ela estabelecidos.

Em seu voto, o Desembargador Vilas Boas, deixa claro que se trata de valores constitucionais para o qual necessitam de avaliação prudente sob pena de institucionalizar-se uma relação ditatorial entre Estado e Cidadão.

Expõe ainda que a preservação do direito a vida compõe critério orientador do sistema normativo e no presente caso, não se pode assumir uma postura radical na tutela de quaisquer destes valores em discussão.

Relata que a vida humana é um bem jurídico tratada como direito fundamental e também que não pode deixar de reconhecer que desta deflui a dignidade da pessoa humana, valor este orientador da República.

Com base nesta dignidade da pessoa que é preciso considerar que a recusa do paciente em submeter-se à transfusão de sangue é providência legítima desde que não esteja inconsciente e possua condições de externar juízo de valor sobre os procedimentos necessários a conservação de sua vida.

Expõe ainda que o direito a vida não se exaure somente na existência biológica e que a regra da dignidade da pessoa humana deve ser ajustada para encontrar convivência que pacifica os interesses da parte.

Pondera que resguardar o direito a vida implica em preservar os valores morais, espirituais e psicológicos agregados.

Salienta que a recepção do sangue o tornaria excluído do seu grupo social e geraria conflito de natureza familiar que acabaria por tornar inaceitável a convivência entre seus integrantes, criando um ambiente no qual a pessoa seria religiosamente indigna e não merecedora da necessária acolhida em seu meio.

Sustenta que não existe regra legal que ordene a pessoa natural a obrigação de submeter-se a tratamento clínico de qualquer natureza, e a opção de tratar-se é ato voluntário e de quem é dela portador.

Enfatiza que o artigo 10 da lei 9.434/97 que trata dos transplantes de órgãos somente autoriza a intervenção com o consentimento expresso do receptor. Aduz também ao artigo 15 CC, segundo o qual se aproxima desta situação.

Entretanto, observa que os autos indicam a existência de outras alternativas que podem contribuir para evitar que a transfusão de sangue seja utilizada como primeiro e último recurso quando o sistema imunológico do paciente exigir alguma espécie de intervenção imediata.

Com as devidas considerações acima, o desembargador Vilas Boas, nega provimento ao pedido de tutela antecipada.

O que se depreende do voto acima do TJ de Minas Gerais é que o fundamento apesar de discorrer sobre os direitos fundamentais em colisão e aparentemente dar uma supremacia ao princípio da dignidade humana, que é tratada como regra e não princípio, o principal e decisivo fundamento para denegar o pedido de tutela antecipada foi a existência nos autos de que haveria outras alternativas para o paciente.

Não entrou o desembargador na questão de solução do conflito entre direitos fundamentais ou mesmo na prevalência da regra de dignidade humana em relação a outros

direitos fundamentais e nem citou a resolução do conselho de medicina que pugna pela não transfusão quando não houver perigo iminente de risco de vida.

Como se trata de um pedido de tutela antecipada e não havia em tese, o perigo iminente e como havia, consoante os autos, outras alternativas, o pedido foi negado por unanimidade.

Entretanto, pela leitura do acórdão, e pelo exposto quanto a questão da dignidade humana, parece-nos que na eventualidade da necessidade de transfusão de sangue, este seria negado com base na dignidade humana.

6.4.2.3.3 Agravo de Instrumento TJRGS

O terceiro acórdão a ser aqui discutido vem da 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sob forma de Agravo de Instrumento N.º. 70037121639 da Comarca de Porto Alegre, sendo as partes Gilda Maria Marcelino e AFPERGS – Hospital Ernesto Dornelles.

O agravo foi interposto por Gilda Maria Marcelino contra decisão do juiz a quo que atendeu o pedido de tutela antecipada do Hospital Ernesto Dornelles com o propósito de ter autorização para utilização de “todos os meios técnicos e necessários ao prolongamento da vida do paciente hospitalar, precipuamente a utilização de hemoderivados conforme as prescrições médicas.”

O juiz a quo ao deferir a antecipação da tutela reconheceu a supremacia do direito a vida, indisponível e inviolável em face da Constituição Federal, em detrimento ao direito de liberdade de crença religiosa, considerando que a transfusão de sangue se justifica pois reflete o próprio direito a sobrevivência da paciente frente a doença que enfrenta(Mieloma Múltiplo; Insuficiência Renal Crônica severa, nível dialítico e Anemia Severa e que se não ministrado, incorrerá em risco premente de óbito da paciente, conforme laudo, assinado por três profissionais da área médica).

A agravante fundamentou seu pedido em razão de sua crença religiosa para não fazer uso de tratamento que envolva a transfusão de sangue e que a decisão combatida não levou em consideração sua vontade consciente e específica em não se submeter a tal tratamento.

Aduz que não há colisão entre direitos fundamentais visto que ela não está abrindo mão da vida em detrimento de sua crença religiosa, mas sim fazendo valer seu direito de escolha em relação ao procedimento médico a ser adotado.

Na decisão do agravo, o relator Desembargador Angelo Maraninchi Giannakos reconhece que existe uma flagrante colisão de preceitos fundamentais e é indispensável a ponderação entre os valores e o bem tutelado para solucionar tal conflito, que importará maior relevância de um (vida) em detrimento de outro (crença religiosa).

Reconhece ainda que a vida, direito fundamental maior, cuja inviolabilidade e indisponibilidade é garantido constitucionalmente e tutelado com primazia pelo Estado é o elemento indispensável aos demais direitos inerentes a pessoa humana e por isso mesmo cabe ao Estado o dever positivo de agir para preservação da vida.

Dessa forma, diante da iminência de risco da agravante e mesmo contra sua manifestação expressa em não receber o tratamento médico necessário e indispensável a sua sobrevivência, a intervenção médica se justifica e não incorre em ofensa ao princípio da dignidade humana. Com base no exposto acima, o relator manteve a decisão agravada mantendo a tutela antecipada para permitir a intervenção e realização da transfusão de sangue se necessária.

Entretanto no decorrer do processo ocorreu a liberação do paciente, ou seja, a agravante teve alta, não necessitando da intervenção por isso mesmo prejudicou o presente agravo.

O importante nesse voto, independente do fato de ser prejudicado é a fundamentação dada pelo relator que indica sua propensão em conceder a tutela para a transfusão de sangue se necessário.

Observa-se ainda, embora não explicitamente efetuada, que houve uma ponderação entre dos direitos colidentes com preponderância para a vida.

6.4.2.3.4 Agravo de instrumento TJRS

Este acórdão vem da 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sob forma de Agravo de Instrumento No. 70032799041 da Comarca de Caxias do Sul, sendo as partes Heliny Cristina Lucas Alho e Fundação Universidade de Caxias do Sul.

A agravante Heliny foi internada no Hospital Beneficente São Carlos em 28 de novembro de 2009 e nesta ocasião deixou bem claro que em decorrência de sua religião não desejava que fosse ministrada transfusão de sangue. Devido a isso, foi tratada desde aquela data com eritropoetina.

Na mesma data foi transferida para o Hospital Geral de Caxias e sendo tratada com eritropoetina até o dia 5 de outubro de 2009 não apresentou reversão do quadro de anemia grave em que se encontrava (anemia auto-imune com teste de Coombs positivo) com quadro infeccioso com estafilococos MARSA resistente, necessitando de tratamento nefrológico contínuo e com imunossupressão para evitar recidivas da síndrome nefrótica. Termina o laudo atestando estar a paciente com risco eminente de óbito pelo quadro de anemia severa.

Diante deste quadro, a magistrada *a quo* deferiu a transfusão de sangue para preservar-lhe a vida.

As razões da paciente no agravo reforça que o procedimento de transfusão é incompatível com suas convicções religiosas e que a realização da transfusão violaria frontalmente a sua dignidade e a liberdade de escolha do tratamento a ser submetida.

Observa ainda que não se trata de ponderação entre o direito à vida porque sua escolha pelo tratamento alternativo ao invés da transfusão não representa uma escolha pela morte.

Em seu voto, o Desembargador Relator Claudio Baldino Maciel observa que não se trata singelamente de ponderar qual direito fundamental será preservado e qual sofrerá limitação.

Pondera que a liberdade de crença da paciente dá a sua vida um sentido, sentido este que não pode ser compreendido por que não vive e comunga tais valores. Entende que a escolha religiosa tem tamanha importância para ela que entre o risco de perder a vida permanecendo íntegra em seus valores ideais e religiosos a receber a transfusão de sangue, implicaria numa violação de sua dignidade como pessoa humana que prefere manter-se íntegra em seus valores religiosos.

Esclarece que a Constituição Federal dá a mesma proteção ao direito à vida, a liberdade de crença e a dignidade da pessoa humana e que o direito à vida, diferentemente do

que se possa acreditar, não é valor super-preponderante, e apesar de ser condição para o exercício dos demais direitos, não o torna blindado quando conflitar com os demais valores fundamentais.

Relata que a jurisprudência pátria é escassa no assunto, mas que na doutrina e jurisprudência estrangeira prevalece o entendimento de que o paciente sendo maior, capaz e estando no gozo de suas faculdades mentais, pode recusar e optar por realizar tratamento médico, mesmo ciente do risco de vida.

No presente caso trata-se de pessoa maior, capaz, lúcida e que desde o momento de entrada no hospital deixou claro que não desejava tratamento que envolvesse a transfusão de sangue. Dessa forma, o Relator em seu voto manifestou-se no seguinte sentido:

“Não se vislumbram, portanto, razões pelas quais a vontade da agravante deva ser substituída pelo Poder Judiciário, uma vez que, sendo ela capaz, pode optar pelo tratamento que lhe convier e que lhe aprouver para manter-se, antes de tudo, com a autodeterminação derivada do princípio da dignidade da pessoa humana preservada.”

Não vejo como possa a recorrente ser submetida a tratamento médico com o qual não concorda e que para ser procedida necessita do uso de força policial; tratamento este que não obstante possa preservar-lhe a vida, retira dela toda a dignidade proveniente da crença religiosa, podendo tornar a existência restante sem sentido, desnecessária, vazia.”

Prossegue o relator indagando-se qual o limite de intervenção de um estado democrático e pluralista na órbita individual, mesmo em situações extremas. E a resposta para essa indagação é que: “Colocada assim a questão, dir-se-ia que o Estado não pode intervir nessa relação íntima da pessoa consigo mesma, nas suas opções filosóficas, especialmente na crença religiosa, constitucionalmente protegida como direito fundamental do cidadão, mesmo que importe risco para a própria pessoa que a professa (e para ninguém mais), sob pena de apresentar, o Estado, sua face totalitária ao ingressar cogentemente no âmbito da essência da individualidade do ser humano, onde não deve estar”

Relata ainda casos da jurisprudência estrangeira, como por exemplo nos Estados Unidos, o caso Brooks, onde devido a uma operação de úlcera, uma paciente testemunha de Jeová, alertou ao médico sua condição religiosa e sua negativa em receber tratamento com

sangue, inclusive firmando documento de exoneração de responsabilidade. Entretanto, o médico sem informar a paciente ministrou-lhe o tratamento com sangue.

A paciente entrou com uma ação judicial e o caso subiu à Corte de Apelação do Estado de Illinois que na decisão do caso afirmou que a Primeira Emenda da Constituição dos USA, protege o direito de cada pessoa à liberdade de sua crença religiosa e o seu respectivo exercício. O Estado somente poderia obstar esse direito quando estivesse em perigo de maneira inequívoca a saúde, o bem-estar ou a moral pública.

Outra jurisprudência apresentada ocorreu no Canadá no caso Mallette v. Schulman (Ontario Court of Appeal 72OR2d417), onde uma testemunha de Jeová sofreu um acidente automobilístico com ferimentos graves. No hospital a paciente deixou claro que não aceitaria tratamento médico a base de sangue, mesmo em caso de emergência. Entretanto, o médico que estava de plantão ignorou tal manifestação de vontade e realizou uma transfusão de sangue. A filha da paciente também tinha manifestado tal óbice, mas o médico a ignorou. Quando a paciente se recuperou entrou com uma ação judicial contra o médico que foi condenado a pagar 20.000 dólares canadense a título de indenização. Este apelou da decisão, mas o Tribunal de Apelação decidiu em favor da paciente, reafirmando que a paciente tinha o direito de decidir a respeito de seu próprio corpo, ainda que essa decisão possa acarretar riscos como a morte ou possa parecer equivocada aos olhos da comunidade médica. O paciente tem a palavra final quanto a submeter-se ao tratamento.

Com fundamentação no exposto acima o desembargador Angelo Maraninchi Giannakos entende que o Poder Judiciário não pode previamente autorizar que o hospital ou médico adotem, contra manifesta e atual vontade da paciente, a transfusão de sangue.

Apesar de não apresentar os sub-princípios da proporcionalidade é claro que neste acórdão, o Desembargador Angelo, realmente efetuou uma ponderação criteriosa e entendeu que nesses casos a decisão da paciente prepondera sobre os demais valores. Temos aqui claramente dois direitos fundamentais em colisão, sendo sopesados e no final um deles preponderou sobre o outro.

6.4.2.3.5 Os Juízes e a transfusão de sangue

Já vimos nos acórdãos trazidos que a polémica a respeito da recusa da transfusão de sangue por parte das testemunhas de Jeová não têm uma solução pacífica, e mesmo nos dias

de hoje, encontramos decisões dispares quando o caso é levado aos tribunais. Isso nos leva a concluir que não há uma posição majoritária do judiciário quanto a essa questão.

O site das testemunhas de Jeová disponibilizou uma palestra efetuada pelo presidente do Conselho Executivo da Associação de Juizes para a Democracia, o magistrado da 1º Vara do Tribunal do Júri de Campinas, José Henrique Torres, que defendeu no dia 17 de agosto de 2011, durante o II Congresso Brasileiro de Direito Médico do CFM em Salvador, o direito dos pacientes capazes à recusa de procedimentos médicos.

O palestrante defendeu que o direito dos pacientes deve ser respeitado em primeiro lugar devido a garantia dada ao direito da crença e a prática da manifestação.

Ressaltou que no caso do médico não efetuar a transfusão e o paciente morrer ele não responderá por homicídio porque o médico não tem o dever de fazer a transfusão. Se por outro lado, o médico fizer a transfusão para salvar a vida, também não responderá por crime.

Obviamente, que a fala do magistrado era adequada para a plateia composta por médicos e a linguagem jurídica não seria entendida.

Deveria nessa palestra enfatizar quais os cuidados necessários que o médico deveria ter em relação ao pedido da paciente, como por exemplo, verificar a capacidade de entendimento e julgamento do paciente em relação às conseqüências de sua recusa ao tratamento, especialmente porque o CFM através da Resolução CFM 1.021/80 recomenda que o médico faça a transfusão em caso de perigo iminente de vida.

Um tópico que chama atenção é o fato do magistrado ter mencionado “pacientes capazes”, o que nos leva a interrogar-se qual o entendimento do termo paciente capazes. Haverá uma capacidade diferente da que o direito determina? Ou mesmo uma variante dela, levada em consideração a peculiaridade do paciente, que poderia ou não estar em um estado terminal, ou mesmo debilitado e conseqüentemente não ter a inteira compreensão da decisão tomada.

Elena Salvaterra³⁵⁹ realizou um estudo comparativo entre o entendimento do termo capacidade entre os países de língua inglesa, excetuando-se os Estados Unidos, e os países

³⁵⁹ SALVATERRA, Elena. *Autodeterminazione e consenso nell'incapacità e capacità non completa*. In RODOTÀ, Stefano. ZATTI, Paolo. *Trattato de Biodiritto*. 2011. p. 348-355

continentais. Apesar do estudo dela versar sobre a questão da capacidade do enfermo para o consentimento de tratamento de saúde, a conclusão dela sobre a capacidade para o consentimento, pode ser uma referência para os itens a serem considerados na questão da capacidade do paciente na sua decisão de rejeitar a transfusão de sangue. Segue a autora a mesma linha dos trabalhos efetuados por Giovanni E. Nanni e André Gonçalo Dias Pereira, já visto anteriormente, mas acrescenta a visão de estudiosos de outros campos da ciência.

Neste estudo, a autora, denomina de “Capacidade do paciente e *decision making*”, e basicamente relata que os filósofos, juristas, peritos em ética, psicólogos e neurocientistas da cognição definem a competência do paciente como “capacidade de tomar decisões”.

Esta capacidade é considerada por inúmeros estudiosos como sendo um conceito sistemático composto por : “*informability, cognitive and affective capability, deciding*”. Ela é a estrutura da capacidade de tomar decisões.

O termo *informability* que pode ser traduzido como uma capacidade de ser destinatário ou receptor de informações, e denota um complexo sistema de habilidades mentais, subdividido em três sub-sistemas.

O primeiro deste sub-sistema inclui um complexo de faculdade sensoriais que permitem receber os dados relacionados ao objeto da escolha. Nos casos dos pacientes, essa informação relaciona-se ao diagnóstico, a estratégia de cura praticada e o prognóstico.

O segundo sub-sistema articula-se em um conjunto de habilidades mentais que permitem compreender a informação recebida e selecionar entre os dados recebidos aqueles que são relevantes ao fim escolhido.

O terceiro sub-sistema compreende um conjunto de habilidades mentais que permitem recordar o momento da escolha , os dados recebidos, decodificados e selecionados.

O segundo termo da estrutura trata da capacidade cognitiva e afetiva. Por capacidade cognitiva alude-se a um conjunto de habilidades mentais compostas pela capacidade de valorizar a situação na qual se encontra, a capacidade de raciocinar sobre as opções disponíveis, ou seja, a capacidade de ordenar hierarquicamente as alternativas.

Em relação a dimensão afetiva, a capacidade de valoração denota a faculdade de atribuir um significado emotivo as informações recebidas em um sentido estritamente cognitivo. Trata-se então da capacidade do indivíduo de atribuir um peso a um fato, a uma informação. Além do que trata-se também de uma competência ética, pois atribui nos diversos estágios do processo decisional um significado moral as informações.

Então, a *cognitive and affective capability*, compreende a habilidade de empenhar-se em um processo lógico utilizando as informações recebidas, computadas e valoradas. Representa as diversas possibilidades de escolha e na habilidade de refletir sobre as conseqüências derivadas dessa escolha. E esse processo que pode ser representado através de uma ampla variedades de modelos de “*problem solving*”

A última componente da estrutura, o “*deciding*”, consiste na habilidade de chegar a uma escolha e na habilidade de argumentar sobre tal escolha com convicção

Sem dúvida que tais processos de decisão são importantes, mas terá o médico percepção suficiente para analisar todos estes itens?

6.4.3 Colisões entre Liberdade de imprensa e imagem, honra e privacidade

Neste tópico estaremos relacionando a liberdade de imprensa/informação às transgressões contra a honra, a imagem e a privacidade, porque de certa forma estão relacionados à liberdade de divulgação quer seja por meio escrito, falada, ou através de imagem ou mesmo através da internet.

Antes de adentrarmos nos casos propriamente dito, necessário se faz falarmos um pouco sobre a questão da honra, da imagem e da privacidade.

Por direito, a honra relaciona-se às noções de auto-estima, da consideração, da boa fama, do bom nome e da reputação que se atribui ao indivíduo.³⁶⁰

Costumeiramente divide-se o conceito de honra em uma vertente interna e outra externa. Inserida na primeira temos a auto-estima, o amor-próprio, o sentimento da própria dignidade e a consciência do próprio valor moral e social. A segunda é o conceito que a pessoa desfruta perante a sociedade, e o respeito, a fama, a reputação que ostenta.

³⁶⁰ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. 2008. p. 28

Ela é tutelada não somente em nível constitucional (art. 5º, X) como infraconstitucional através do código civil e do código penal e nas legislações esparsas tais como a lei de imprensa (art. 20 e 22 da lei 5.250/67)

A imagem segundo Walter Moraes³⁶¹ é definida como “toda a sorte de representação de uma pessoa”. É uma definição abrangente compreendendo não somente os componentes físicos, como também morais. Dessa forma, a imagem deixa de ser apenas a exteriorização para tornar-se o retrato moral do indivíduo, da empresa e do produto. Denomina-se a isso, imagem-atributo.³⁶²

Já para Bittar³⁶³, o direito a imagem consiste no direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componente distintos (rosto, olhos, perfil, busto) que a individualizam no seio da coletividade. Compreende, enfim, um conjunto de caracteres que a identifica no meio social.

Mas, imagem e honra não se confundem, pois embora o direito a imagem possa ser violado, a honra necessariamente não o será, como por exemplo, alguém utilizar sem autorização, a imagem pertencente a uma determinada instituição que detinha a autorização para utilizá-la. Temos nesse caso a violação da imagem sem que a honra fosse ferida.

Em algumas situações, como resultado de uma ponderação entre a proteção à imagem e outros interesses de ordem constitucional, como a liberdade de informação, expressão intelectual, artística ou científica, admite-se a divulgação não autorizada de imagem alheia. Como exemplo disso, pode-se citar o discurso de um político em um comício ou mesmo de uma atriz que posa para fotos na saída de um espetáculo, etc.

A problemática surge com a existência dos artigos 20 do código civil, abaixo transcrito:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

³⁶¹ MORES, Walter. *Direito à própria imagem*. apud GODOY, op. cit. p. 34

³⁶² GODOY, op. cit. p. 35

³⁶³ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2003. p. 94

O artigo 20 CC abre a possibilidade de uma pessoa objeto de escrita, divulgação da palavra ou imagem, ser objeto de “censura prévia “ por parte desta pessoa.

Schreiber³⁶⁴ expõe que o artigo 20 atribui elevada importância à autorização do retratado e que no fim incorre em dois graves equívocos. Primeiro ao tentar delimitar as situações em que a imagem de uma pessoa pode ser veiculada sem sua autorização, pois o legislador menciona apenas duas situações. Em segundo, na parte final do artigo, a restrição da possibilidade do retratado obter a proibição do uso ou veiculação de sua imagem as hipóteses veiculadas.

Expõe que o direito a imagem é autônomo e sua tutela independe da configuração da lesão a honra do retratado, ou que se limite as hipótese de fins comerciais.

Em relação a privacidade, esta é tutelada constitucionalmente através do artigo 5º, inciso X, que declara ser inviolável a intimidade e a vida privada das pessoas. A mesma tutela também é encontrada no artigo 21 do código civil, que dispõe :“A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

Silva³⁶⁵ relata que existem diversas expressões utilizadas para identificar o significado de privacidade. Desta forma, nos Estados Unidos, usa-se a expressão *right of privacy* ou *right to be let alone*, na França, *droit a la vie privée* ou *droit a l'intimité* e na Itália, *diritto alla riservatezza* e *diritto alla segretezza* ou ainda *rispetto della vita privata*.

Alguns doutrinadores entendem que a constituição ao mencionar separadamente intimidade e vida privada quis preservar a distinção doutrinária entre estes conceitos, para outros, o formato apenas torna mais ampla possível a proteção á intimidade das pessoas. Alguns, ainda entendem por direito a privacidade, todas as manifestações da vida privada e íntima das pessoas. Entendem como um conjunto de informação sobre o individuo que ele pode decidir manter sob seu controle ou comunicar a quem, onde, quando e em que condições.

Relata Bentes³⁶⁶ que para a concepção européia a intimidade é um âmbito delimitado e protegido ao qual se acrescenta um elemento de vontade, de exclusão pretendida, mas que

³⁶⁴ SCREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. p. 107

³⁶⁵ SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*. p. 43

³⁶⁶ BENTES, Hilda Helena Soares et al. *Direitos à intimidade e à vida privada*. p. 84

também é um espaço de plena disponibilidade pelo indivíduo de onde exerce liberalidades de forma constante.

A dificuldade deste conceito surge na liberdade que cada indivíduo tem de configurar sua vida privada e intimidade, pois o que para alguns é motiva de reserva, para outros é orgulho torná-la conhecida.

A doutrina quando procura diferenciar a vida privada da intimidade do indivíduo estabelece entre eles uma relação de gênero e espécie. Isso reflete a denominada teoria das esferas ou círculos concêntricos onde a intimidade seria uma esfera interior (raio menor) que a esfera da vida privada. O problema com esse conceito é que a fronteira entre eles nem sempre se revela nítida, cabendo a jurisprudência demarcá-la.

Cachapuz³⁶⁷ relata que a teoria das esferas vem sendo aplicada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, desde meados do século XX, e reconhece a existência de uma esfera privada a todo o indivíduo, considerada como o “espaço inviolável da liberdade humana, isolada de qualquer violação pela autoridade pública”.

Outro também a trabalhar com a teoria das esferas é Adércio Leite Sampaio³⁶⁸ para o qual existem camadas ou esferas da personalidade à qual se atribui grau decrescente de proteção. Este autor as denomina de:

- a) Esfera mais interna, também denominada de esfera do segredo, que é considerada a parte mais íntima do indivíduo, absolutamente protegido e que não interage com o comportamento e não interfere na sociedade;
- b) Esfera da vida privada, onde basicamente residem os relacionamentos dos grupos sociais dos quais o indivíduo faz parte, como por exemplo, família e amigos;
- c) Esfera sociais e públicas onde reside a interação social mais ampla representada pela atuação política e social do indivíduo.

Enquanto a privacidade é o próprio modo de vida da pessoa, a intimidade encerra uma esfera reservada, onde os outros não a podem adentrar.

Neste sentido, Diogo Leite de Campos³⁶⁹ ressalta que “a pessoa não é só privada, íntima, reservada, quando passa a porta de sua morada, corre as cortinas. Na rua, nos

³⁶⁷ CACHAPUZ, Maria Claudia. *Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro*. 2006. p. 110

³⁶⁸ BENTES, Hilda Helena Soares et. al Coord. *Direitos à intimidade e à vida privada*. 2011. p. 127

edifícios públicos, nos jardins, a pessoa continua envolta numa esfera privada; veste-se, manifesta-se, como entender, sem que os outros possam invadir essa esfera (salvo ofensa de seus direitos)”.

Em relação à liberdade de imprensa alguns a definem como sendo a livre manifestação do pensamento pela imprensa, outros, a de imprimir palavras, desenhos ou fotografias expressando o que se pensa e de fornecer informações ao público sobre fatos ou atividades próprias ou alheias.

Com a entrada em vigor da lei 5.250/67 essa liberdade se torna mais abrangente abrangendo todos os meios de divulgação de informação ao público, principalmente através de veículos de difusão como rádio, TV, internet etc..

Então, correlatas a liberdade de imprensa está a liberdade de pensamento e a liberdade de informação.

Por liberdade de pensamento entenda-se a faculdade de pensar livremente, a liberdade de consciência e de crença, e o direito de se manifestar, o que é garantido constitucionalmente.

A exteriorização da liberdade de pensamento é a liberdade de expressão. Esta pode ser conceituada³⁷⁰ como o direito de fazer público, transmitir, difundir e exteriorizar um conjunto de ideias, opiniões, críticas, imagens, crenças, através de qualquer meio. Mas, ela não deve ser identificada somente como a possibilidade de exteriorizar o pensamento, pois ela traduz um conteúdo jurídico muito mais amplo, entre elas, o direito de livre acesso das fontes de informação, a liberdade de não expressar (direito ao silêncio), o direito de criação artística, a expressão cinematográfica e o direito de réplica.

Entretanto, para esta autora, tal liberdade de expressão não é ilimitada, ela tem seus limites que são a moralidade pública e a segurança nacional.

³⁶⁹ CAMPOS, Diogo Leite. *Lições de direitos de personalidade*. Coimbra: Almedina. 1995. Apud GODOY, op, cit. p. 41

³⁷⁰ OSSOLA, Ana Laura. *Libertad de expresión: declaraciones, derechos y garantías – deberes y derechos individuales*. In MIRANDA, Jorge et. al. *Direitos da personalidade*. p. 199

Gilmar Mendes³⁷¹ observa que mesmo em países de democracia avançada a liberdade de imprensa constitui um valor em permanente afirmação e concretização. Relata que a grande maioria dos textos constitucionais desde as primeiras declarações de direitos, colocam expressamente a liberdade de imprensa como um valor quase absoluto, não cabendo restrição por parte do governo ou por parte do legislativo através de lei.

Entretanto, a positivação nos textos constitucionais não impediu a delimitação legislativa e jurisprudencial a respeito de seu efetivo conteúdo.

Relata Mendes³⁷² que entre a liberdade absoluta e a liberdade restritiva a jurisprudência das Cortes produziram duas concepções sobre o significado do conteúdo da liberdade de imprensa.

Nos Estados Unidos formaram-se duas concepções: 1) uma concepção liberal que enfatiza o funcionamento do “mercado das ideias” formada pelo voto dissidente de Oliver W. Holmes no caso *Abrams* e; 2) uma concepção republicana que ressalta a importância da deliberação pública e democrática e originada dos fundamentos lançados por James Madison no voto de Luis D. Brandeis no caso *Whitney vs. Califórnia*.

Na segunda década do século XX o Estados Unidos viu uma profunda discussão sobre o conteúdo e os limites constitucionais da liberdade de imprensa e a Suprema Corte foi chamada a pronunciar-se sobre a constitucionalidade de leis restritivas editadas pelo Congresso.

Oliver W. Holmes no caso *Schenck vs. United States* com o seu voto criou a doutrina do “perigo claro e iminente (*clear and present danger*)” para justificar a constitucionalidade da lei restritiva – Lei de Espionagem de 1.917 – editada durante a 1º guerra mundial.

O caso *Schenck* foi um grupo de militantes socialistas liderados pelo Sr. Schenck que distribuíram folhetos contrários a guerra, incitando os soldados a não lutar na Europa e desobedecer às ordens. Foram condenados com base na lei de Espionagem em delitos de conspiração, incitação ao amotinamento, obstrução ao recrutamento. Apelaram a Suprema Corte alegando direito à livre expressão protegido pela 1º Emenda. Entretanto, a Suprema Corte com voto de Holmes confirmou a constitucionalidade da lei da Espionagem e criou a

³⁷¹ Op. cit. p. 632

³⁷² MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade*. p. 633-639

doutrina do perigo claro e eminente, segundo a qual a restrição à livre expressão é constitucional se tem o objetivo de evitar um perigo claro e iminente.

Entretanto no caso *Abrams v. United States* Holmes divergiu de seus colegas criando a ideia do “mercado de ideias”

No caso o Sr. Abrams e outras pessoas distribuíram folhetos de propaganda antibelicistas posicionando-se contra o envio de tropas norte-americanas à Rússia para o combate dos revolucionários de 1.918. Foram acusados e condenados a 20 anos, por delitos de conspiração segundo as Leis de Espionagem e Sedição. Apelaram à Suprema Corte que confirmou a sentença com base na doutrina do perigo claro e iminente. Holmes em voto vencido, que foi acompanhado por Louis Brandeis sustentou a tese do livre “mercado de ideias”

Por livre mercado de ideias, Holmes defendia a diversidade, a concorrência e o livre intercâmbio de ideias como o único modo idôneo de se buscar a verdade.

Em nosso país desde as primeiras constituições preverem expressamente a possibilidade de lei restritiva da liberdade de imprensa, a atual constituição adotou no seu artigo 220 o modelo liberal clássico da garantia de liberdade de imprensa estatuidando: “ A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.”.

Também da mesma forma o parágrafo primeiro deste artigo traz o mesmo disposto em relação liberdade de informação jornalística.

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

Como se observa, o constituinte de 88 não concebeu a liberdade de imprensa como um direito absoluto, visto que ela tem que ser exercida de modo compatível com o direito à imagem, à honra e à vida privada, deixando transparecer a legitimidade da intervenção legislativa com o propósito de compatibilizar os valores em conflito.³⁷³.

São esses os casos em que iremos ver como a jurisprudência brasileira trabalha estes aspectos, logo após a indicação doutrinária para ponderação entre imagem e direito de informação.

³⁷³ MENDES, op. cit. p. 647

6.4.3.1 Parâmetros para ponderação entre direito à imagem e liberdade de informação

Schreiber³⁷⁴ traz uma interessante contribuição sobre os parâmetros para ponderação entre direito à imagem e liberdade de informação, o que ocorre necessariamente quando há uma efetiva colisão entre os interesses protegidos.

Deve-se fazer um balanceamento entre o interesse pela liberdade de informação com o grau de sacrifício infringido pelo direito de imagem.

Os parâmetros para auxiliar na ponderação podem ser resumidos nos seguintes itens:

1 – parâmetros para aferição do exercício da liberdade de informação através da veiculação de imagens:

a) Grau de utilidade para o público do fato informado através da veiculação de imagens;

b) grau de atualidade da imagem;

c) grau de necessidade da veiculação da imagem para informar o fato;

d) o grau de preservação do contexto original de onde a imagem foi obtida.

2 – parâmetros para aferição da intensidade do sacrifício imposto ao direito de imagem

a) Verificação do grau de consciência do retratado em relação à possibilidade de captação da sua imagem ;

b) grau de identificação do retratado na imagem veiculado;

c) a amplitude da exposição do retratado;

d) natureza e grau de repercussão do meio pelo qual se dá a divulgação da imagem.

Uma colocação interessante é a trazida por Cabral³⁷⁵ ao estabelecer parâmetros para ponderação na colisão entre direitos da personalidade e o direito de informação.

Expõe que fatores que diminuem a relevância jurídica dos direitos de personalidade são: a) a exiguidade do bem da personalidade juscivilisticamente tutelado; b) a prossecução, mediante o concreto exercício do direito de personalidade, de discutíveis finalidades subjetivas sem benefícios sociais; c) o caráter perturbante ou desproporcionado dos meios dispostos pelo titular do direito de personalidade para o exercício do seu direito; d) a ocorrência de

³⁷⁴ Op.cit. p. 113-114

³⁷⁵ CABRAL, Marcelo Malizia. *A colisão entre os direitos de personalidade e o direito de informação*. In MIRANDA, Jorge et al. *Direitos da personalidade*. p.135

comportamento ético-jurídicos censuráveis (v.g. dolo, coação ou inobservância culposa de deveres de respeito ou de ação) do titular do direito de personalidade face ao titular do direito conflitual, quando tais comportamentos condicionem o conflito de direitos; e) a colocação em risco pelo titular do direito de personalidade dos seus próprios bens de personalidade.

Silva³⁷⁶ traz como parâmetro para o desvelamento da intimidade de alguém a real utilidade da informação. Alerta para o fato de que a utilidade pública da informação não se confunde com a simples curiosidade do público.

Ressalta que as pessoas famosas têm um âmbito de intimidade diferenciado em relação às outras pessoas e a merecer proteção menor pelo interesse que despertam, mas que isso não implica em exposição permanente de sua vida privada para o público.

Observa ainda que a avidez do público no mais das vezes não corresponde a um interesse legítimo à informação.

Tal é o caso do exemplo que iremos desenvolver abaixo.

6.4.3.2 O caso Cicarelli

Um paparazzo na praia de Cadiz, na Espanha, filmou Daniela Cicarelli, quando esta trocava carícias íntimas com seu namorado.

Desta captação de imagem, produziu-se um filme que foi editado e efetuado um upload no site *Youtube*, que como se sabe, possui uma grande penetração na rede mundial, a internet, possibilitando que milhões o acessassem.

Renato Aufiero Malzoni Filho e Daniella Cicarelli Lemos entraram com uma ação inibitória com pedido de tutela antecipada para bloquear o acesso em face de IG – Internet Group do Brasil Ltda, Organizações Globo de Comunicação e Youtube Inc.

O que os autores requeriam era que os réus “sejam compelidas a deixar de exibir o filme dos Autores ou as fotos deles extraídas em seus sites, de fornecer links no quais esse material possa ser encontrado, bem como de efetivar sua divulgação por meio de outro veículo de comunicação do qual detenham controle, sob pena de multa diária, a ser arbitrada por

³⁷⁶ SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*. p. 88

Vossa Excelência em valor suficientemente razoável a coibir perpetuação da ofensa a direito constitucional à imagem e à honra”.

O Tribunal de Justiça concedeu por maioria de votos a tutela antecipada quando do julgamento do agravo de instrumento no. 472.738-4 com a seguinte ementa:

“Pedido de antecipação de sentença por violação do direito à imagem, privacidade, intimidade e honra de pessoas fotografadas e filmadas em posições amorosas em areia e mar espanhóis – Tutela inibitória que se revela adequada para fazer cessar a exposição dos filmes e fotografias em web-sites, por ser verossímil a presunção de falta de consentimento para a publicação (art. 273 CPC) – Interpretação do art. 461, do CPC e 12 e 21 do CC - Provimento, com cominação de multa diária de R\$ 250.000,00 para inibir transgressão ao comando de abstenção.”

A tutela antecipada foi confirmada por unanimidade no julgamento do agravo de instrumento 488.184-4/3, apesar da ação ter sido julgada improcedente em Primeiro Grau.

Não considerando os aspectos técnicos da questão o Tribunal de Justiça de São Paulo ordenou liminarmente o bloqueio do acesso ao site YouTube como um todo, decisão esta que desencadeou uma forte onda de protestos de internautas no Brasil e no exterior, além de matérias veiculadas em artigos no exterior ridicularizando tal decisão, tais como o artigo de Peter Rost, empresário e escritor americano que em um blog sobre política escreveu “ No final o que esta história prova é isso: não seja pego com algas no seu calção de banho. E se for pego, tente achar um advogado para banir o YouTube em todo o país.”³⁷⁷

A decisão de bloquear o site do YouTube foi tomada pelo juiz Lincoln Antonio Andrade de Moura da 23ª. Vara Cível de São Paulo com base na decisão da 4ª Câmara do TJSP, que enviou um ofício à Brasil Telecom requerendo o bloqueio por tempo indeterminado e sugerindo a utilização de filtros na rede da empresa³⁷⁸.

O recurso de apelação³⁷⁹ foi julgado na 4ª Câmara de Direito Privado sendo designado Relator o Des. Enio Santarelli Juliani e participado do julgamento os Des. Teixeira Leite e Fabio Quadros, na data de 12 de junho de 2008.

³⁷⁷ Site Folha de São Paulo. WWW1.folha.uol.com.br/folha/BBC/ult272u59837.shtml. *Site estrangeiros ridicularizam o bloqueio do YouTube no Brasil*. Acesso em 9/01/2007

³⁷⁸ Site Folha de São Paulo. www1.folha.uol.com.br/tec/2007/01/455665-youtube. *YouTube está bloqueado para mais de 5 mi de internautas brasileiros*. Em 8/01/2007

³⁷⁹ Apelação Civil 556.090-4/4-00 4ª Câmara de Direito Privado. (Nova numeração 0120050-80.2008.8.26.0000)

Em seu voto, expõe o Des. Enio que “É importante sublinhar que a ação manejada pelos autores é inibitória, o que dispensa a prova do dano concreto. Os autores não estão pretendendo obter indenizações, mas, sim, comando proibitivo da transmissão de imagens que foram captadas de forma ilícita e que expõem predicados íntimos e de absoluta reserva. Não é porque os dois namoraram ou transaram na praia que se legaliza a exploração, na *internet* e outros meios, das cenas que não foram produzidas para deleite do público.”

Em outro trecho de seu voto delimita com clareza os limites da liberdade de informação, mesmo de pessoas notórias.

“Os apelantes estão suportando violações não somente do direito à imagem, como da intimidade [leia-se vida privada] e convém colocar um fim a essas invasões. As cenas são de sexo, atividade mais íntima dos seres humanos. Ainda que as pessoas tenham errado e *errare humanum est* quando cederam aos impulsos dos desejos carnis em plena praia, a ingerência popular que se alardeou a partir da comercialização do vídeo produzido de forma ilícita pelo *paparazzo* espanhol, afronta o princípio de que a reserva da vida privada é absoluta, somente cedendo por intromissões lícitas. A notícia do fato escandaloso ainda pode ser admitida como lícita em homenagem da liberdade de informação e comunicação, o que não se dá com a incessante exibição do filme, como se fosse normal ou moralmente aceito a sua manutenção em *sites* de acesso livre. Há de ser o Judiciário intransigente quando em pauta a tutela da esfera íntima das pessoas que não autorizaram a gravação das cenas e a transmissão delas”.

Com base nos argumentos acima, revoga o indeferimento da tutela antecipada na decisão de primeiro grau e mantém a tutela antecipada concedida no agravo 472.738-4.

Observa ainda em seu voto que a decisão do juiz de primeiro grau mandando que se interditasse por completo o site foi o resultado de uma interpretação errônea do Juiz de primeiro grau do despacho do tribunal.

Ao final dá provimento ao recurso de apelação dos autores, reformando a sentença de primeiro grau, acolhendo seu pedido conforme decidido no agravo de instrumento 488.184-4/3 , mantendo-se o valor da multa.

Novamente, devido à notoriedade da envolvida e do tipo de ato praticado, não foram poucas as vezes que se levantaram afirmando que da forma com que tal ato foi praticado

implicava numa “autorização tácita” por parte da modelo, ou em outras forma, implicaria numa renúncia a sua privacidade, já que o ato fora praticado em plena praia, e à vista de várias pessoas.

O problema é que ao se jogar o vídeo na rede mundial, o problema alcança uma dimensão muito maior com, inclusive, repercussão mundial.

Um outro item é o fato de que a tecnologia hoje permite obter dados que aparentemente não o seriam a olhos nus, como por exemplo, apesar do ato ser praticado publicamente, muitas pessoas presentes naquela praia não haviam percebido o que se passava. Entretanto, sob as lentes com instrumentos que permitem uma magnificação em muito superior aos olhos dos pobres mortais, sem dúvida configura uma invasão da privacidade e da vida íntima das pessoas.

É nesse aspecto que a análise tem que ser efetuada.

A colisão de direitos ocorrendo aqui é a questão da privacidade, da vida íntima protegida constitucionalmente, versus o direito de informação, da liberdade de expressão.

Realizando-se um julgamento da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, está claro neste caso, que a preponderância da proteção a privacidade e vida íntima, deve prosperar.

6.4.3.3 As biografias não autorizadas

A problemática das biografias, especialmente as não autorizada, envolvem basicamente, dois direitos fundamentais: o direito à informação / liberdade de imprensa x direito a privacidade.

Vamos analisar o caso da Biografia não autorizada de Roberto Carlos devida à grande repercussão deste caso na época pelo fato de ser o cantor uma figura de destaque no cenário nacional.

Paulo Cesar de Araujo, fã declarado do cantor Roberto Carlos, lançou em 2006 uma biografia não autorizada, intitulada “ Roberto Carlos em detalhe”, onde descreve a trajetória do cantor, as adversidades enfrentadas ao longo da carreira, incluindo o acidente em que perdeu

a perna, o sofrimento da mulher Maria Rita que faleceu de câncer em 1999 e também os diversos casos amorosos em que se envolveu.

A recepção do livro foi imediata e em poucos dias atingiu a lista dos Best-sellers.

Não concordando com o que denominou invasão de sua vida privada, Roberto Carlos em 10 de janeiro de 2007 recorreu ao Judiciário para barrar a circulação dessa biografia, que seria distribuída pela editora Planeta.

Roberto Carlos entrou com ação na área cível e criminal, cujo resultado imediato foi a proibição e apreensão do livro.

O caso dividiu opiniões, alguns reagiram considerando a proibição uma agressão a liberdade de expressão e outros apoiando tal “censura”. A polemica que se seguiu não ficou restrita apenas ao nosso país, recebeu citações da imprensa estrangeira, como reportagens no *Le Monde* e no *New York Times*³⁸⁰.

Relata o autor que no processo de escrever o livro, e mesmo à véspera do lançamento de sua obra, que seria futuramente censurada pelo biografado, imaginava que não teria problemas com a obra, pois dois anos antes outro autor de um livro não autorizado sobre Roberto Carlos não teve nenhum problema com ele. Relata o autor que estava presente na coletiva do dia 24 de dezembro de 2004 na cidade do Rio de Janeiro quando o jornalista Mauro Ferreira dirigiu a Roberto Carlos a seguinte pergunta “Roberto, está saindo agora o livro do Pedro Alexandre Sanches, “Como dois e dois são cinco”, que analisa a sua obra junto com a do Erasmo e Wanderléia. Quería saber se você já tomou conhecimento desse livro e se já leu?”³⁸¹

Roberto Carlos teria respondido que sabia do lançamento do livro, mas que ainda não tinha lido a obra e que depois iria ver o que estava no livro. Isso deixou o autor mais tranquilo, porque Roberto não reclamou de falta de autorização nem acusou o autor de usar seu nome e sua imagem para fins comerciais.

³⁸⁰ ARAÚJO, Paulo Cesar. *O Réu e o Rei. Minha história com Roberto Carlos, em detalhes*. 2014. p. 9

³⁸¹ *Ibid.*, p. 219

Essa obra não teve nenhum problema, tanto é que Pedro Alexandre Sanches diz textualmente “ Eu tenho orgulho de ter escrito um livro sobre o Roberto Carlos que não foi censurado”.³⁸²

Entretanto, no caso do autor Paulo Cesar de Araújo, o desfecho foi bem diferente, pois um pouco antes do lançamento do livro, no dia 11 de dezembro de 2006, houve uma entrevista coletiva com Roberto Carlos num dos salões do Hotel Caesar Park no Rio de Janeiro.

Relata o autor, que não estava nessa coletiva, que durante a mesma foi informado por seus amigos, por telefone, que Roberto Carlos reclamou de seu livro e que estava muito chateado e que entregaria o caso para seus advogados.

À pergunta do jornalista Jotabê Medeiros do Estado de São Paulo, sobre o livro, este respondeu que “Eu não li o livro todo, mas as coisas de que tomei conhecimento do livro, sinceramente, me desagradam muito”. E acrescentou “Pra começar, é uma biografia não-autorizada e cheia de coisas que não são verdadeiras. E coisas que ofendem a mim e a pessoas muitas queridas, pessoas maravilhosas e que são expostas e colocadas ali numa exposição absolutamente sensacionalistas. Eu acho um absurdo isso. Acho que essas pessoas merecem o devido respeito, e eu também. Acho não, com certeza. O livro tem essas coisas todas que me desagradam.”³⁸³

Roberto Carlos, segundo o autor, fez ainda outra reclamação: “Além de tudo, pra mim é muito estranho que alguém lance mão desse patrimônio que é a minha história. A minha história é um patrimônio meu!.....

Então eu acho que é um absurdo alguém lançar mão do meu patrimônio em seu benefício, principalmente num produto para tirar proveito comercial. “ E no final, declara: “ Não tem nada a ver uma coisa com outra. O autor se apropriou da minha propriedade e do meu patrimônio, para escrever uma coisa que eu não autorizei. Esse é o primeiro ponto.”³⁸⁴

Em 10 de janeiro de 2007 Roberto Carlos entrou com ação judicial contra o autor Paulo Cesar de Araújo e a editora Planeta. Anteriormente, seus advogados – Borgerth, Miranda, Santana, Leite & Espírito Santo Advogados, na esfera cível e Campos Escritório

³⁸² ARAÚJO, Paulo Cesar. *O Réu e o Rei. Minha história com Roberto Carlos, em detalhes*. p. 219

³⁸³ Ibid., p. 223

³⁸⁴ Ibid., p. 225

Associados na área criminal³⁸⁵ - ingressaram com uma notificação cível à editora para em 5 dias interromper a publicação, distribuição e venda do livro³⁸⁶.

O grupo Barsa-Planeta, comunicou oficialmente aos representantes de Roberto Carlos que não cumpririam o disposto na notificação e esperariam pela decisão judicial.

Em seguida, no dia 16 de janeiro de 2007 foi distribuída queixa-crime contra o autor do livro, na 20ª. Vara do Fórum Criminal da Barra Funda e três dias depois o processo cível na 20ª. Vara Cível do Rio de Janeiro.³⁸⁷

No dia 24 de janeiro o MP através do promotor Alfonso Presti entendeu que o livro teria causado lesão à honra do artista e propôs que fosse determinada a proibição em todo o país, requerendo ofício à Editora Planeta para que se abstinhasse de realizar novas vendas e entregas e recolhimento dos exemplares. Requereu ainda o aditamento da peça para que fosse incluídos co-réus, sendo incluído nesse processo crime o diretor-geral da editora Sr. César Alejandro González de Kehrig e o coordenador editorial do livro o Sr. Pascoal Soto.

No dia 6 de janeiro o juiz criminal Tércio Pires, indeferiu o pedido liminar de Roberto Carlos, não acatou a sugestão do MP de recolhimento dos livros e marcou uma audiência de conciliação.³⁸⁸

Em 22 de fevereiro no processo cível que tramitava no Rio de Janeiro, o juiz Maurício Chaves de Souza Lima, da 20ª. Vara Cível liminarmente determinou a interrupção da publicação, distribuição e comercialização em todo o território nacional.

Transcreve o autor, trecho da sentença proferida pelo juiz: “a biografia de uma pessoa narra fatos pessoais, íntimos, que se relacionam com o seu nome, imagem e intimidade e outros aspectos dos direitos da personalidade. Portanto, para que terceiro possa publicá-la, necessário é que obtenha a prévia autorização do biografado, interpretação que se extrai do art. 5º, inciso X, da Constituição da República, o qual dispõe serem invioláveis a intimidade, a vida privada e a imagem das pessoas³⁸⁹.”

³⁸⁵ ARAÚJO, Paulo Cesar. *O Réu e o Rei. Minha história com Roberto Carlos, em detalhes*. p. 234

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 235

³⁸⁷ *Ibid.*, p. 236

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 266

³⁸⁹ ARAÚJO, Paulo Cesar. *O Réu e o Rei. Minha história com Roberto Carlos, em detalhes*. p. 268-269

Em trecho posterior de sua decisão o juiz refere-se à liberdade de imprensa insculpida no mesmo artigo 5º, X da seguinte forma: “Registre-se, nesse ponto, não se desconhecer a existência de princípio constitucional afirmando ser livre a expressão da atividade intelectual e artística, independentemente de censura ou licença. Todavia, entrecruzados estes princípios, há de prevalecer o primeiro, isto é, aquele que tutela os direitos da personalidade, que garante à pessoa a sua inviolabilidade moral e de sua imagem.”³⁹⁰

Também como parte da decisão do juízo pesou o fato deste ter considerado o disposto no artigo 20 do código civil que dispõe sobre autorização, podendo ser proibida caso haja prejuízo a honra, fama ou respeitabilidade.

Relata o autor que esta decisão foi amplamente divulgada e comentada e discutida e em sua quase totalidade com críticas á posição adotada pelo judiciário. Todos leram a obra e afirmaram não conter ela nada que ferisse a honra, fama ou respeitabilidade.

Em março de 2007 foi interposto agravo de instrumento contra a decisão do juiz, onde basicamente relatava-se que os dados segundo Roberto Carlos atingiram sua honra, boa fama e respeitabilidade, foram todos colhidos de documentos e informações que foram disponibilizados ao público na época do acontecimento. Foram, é fato, acolhidos e dispostos numa ordem cronológica. Relata ainda o autor que alguns dados foram inclusive revelados pelo próprio Roberto Carlos em entrevistas.³⁹¹

Na audiência de conciliação realizada no fórum criminal, relata o autor de que se sentiram coagidos pelo juiz, onde este dizia que o fato era muito grave e que a Editora Planeta até poderia vir a ser fechada.³⁹², além do que, relata, que o juiz concedeu deferência especiais a Roberto Carlos, como por exemplo colocar à sua disposição uma sala reservada onde pudesse conversar com os seus advogados, mas não concedendo igual direito ao autor réu.³⁹³. Do valor inicial pleiteado de 100 mil reais como indenização, esse valor foi abaixado para 50 mil e depois por insistência do juiz, quando este sugeriu o valor de 15 mil e a entrega dos livros. Neste momento, Roberto Carlos e seus advogados decidiram que a editora não precisaria pagar nada, mas queriam a proibição de imprimir ou comercializar e entregar os livros em

³⁹⁰ Ibid., p. 269

³⁹¹ Ibid., p. 284

³⁹² Ibid., p. 299

³⁹³ Ibid., p. 308

estoque (10.700 livros) e ainda que fossem recolhidos às custas da editora os livros já vendidos.³⁹⁴.

Relata ainda o autor uma passagem curiosa quando da redação do termo de conciliação onde originalmente estava a seguinte redação “o querelante (Roberto Carlos) uma vez cumprida a composição, manifesta a renúncia da ação cível intentada contra os querelados”. Redação esta que o advogado de Roberto Carlos queria mudar, porque Roberto Carlos não quer aceitar a palavra “renúncia”. Então no texto, a redação ficou “manifesta expressa desistência da ação cível”.³⁹⁵. Além disso convencionou-se, mais um item em que autor da biografia, se absterá de tecer comentários sobre a obra, que após alguma discussão, ficou “E doravante, em entrevistas, Paulo Cesar de Araújo não tecerá comentários acerca do conteúdo da obra no respeitante à vida íntima de Roberto Carlos.”³⁹⁶

Na área cível o julgamento da apelação interposta pelo autor da biografia, foi julgada em março de 2009 na 18ª Câmara Cível do Rio de Janeiro, sendo Relator o Des. Pedro Freire Raguene e auxiliado pelos Des. Cláudio Dell’Orto revisor, e Jorge Luiz Habib, o terceiro juiz.

O Des. Jorge Luiz Habib no seu voto expõe: “estou convencido de que juridicamente não se justifica a proibição deste livro” e fundamentou sua decisão baseado no acordo no fórum criminal paulista que não foi homologado pelo juiz Tércio Pires e que no prazo legal o réu manifestou desistência da aceitação da transação penal e também que Roberto Carlos é figura de dimensão pública com restrito direito ao controle de sua imagem e privacidade e, finalmente o livro possui relevância cultural e informativa.³⁹⁷.

O Relator Pedro Freire Raguene em seu voto defendeu a não liberação do livro e também a condenação do autor da biografia por litigância de má-fé.

O Des. Claudio Dell’Orto em seu voto também foi contra a liberação do livro, mas não votou pela litigância de má-fé.³⁹⁸

Então por maioria ficou mantida a decisão de primeira instância e o livro continuou com sua comercialização proibida, terminando assim a batalha judicial em que o autor da biografia ficou proibido de expor sua obra.

³⁹⁴ ARAÚJO, Paulo Cesar. *O Réu e o Rei. Minha história com Roberto Carlos, em detalhes*. p. 310

³⁹⁵ Ibid., p. 311-312

³⁹⁶ Ibid., p. 313

³⁹⁷ Ibid., p. 401

³⁹⁸ Ibid., p. 403

Essa decisão gerou uma reação inesperada, onde várias pessoas disponibilizaram o conteúdo integral do livro em sites na internet, como por exemplo, o Projeto Democratização da Leitura através de sua biblioteca virtual, também através do blog “O Escriba”, do jornalista Jorge Henrique Cordeiro, entre outros.³⁹⁹

Embora a batalha judicial tenha terminada, desde esta data a polemica sobre a questão das biografias não autorizadas estava longe de ter um fim.

Figuras de projeção nacional de vários campos de atividade manifestaram-se contra ou a favor da liberação das biografias não autorizadas. Entre estas, certamente a mais polemica e/foi a constituído pelo grupo denominado “Procure Saber”, que possui entre seus membros figuras como: Roberto Carlos, Erasmo Carlos, Gilberto Gil, Caetano Veloso, Chico Buarque, Djavan, etc..que são contra a liberação, fundamentando sua oposição em direito à privacidade e intimidade, mas obviamente nada falam sobre a liberdade de imprensa.

Analisando o tema há claramente uma colisão de direitos fundamentais, com ampla repercussão na área do direito, pois envolve não só a área criminal, como também civil culminando em indenização.

A colisão que aqui se apresenta tem por base o próprio artigo 5º da nossa Constituição nos incisos IX e X, visto que no inciso IX, temos a liberdade de manifestação e no artigo 220, §1º temos a liberdade de imprensa e em rota de colisão o disposto no inciso X que traz a inviolabilidade da intimidade, honra e vida privada.

As restrições, e a sua validade, que já discutimos em tópico anteriores, estão dispostas nas legislações infraconstitucionais, notadamente na lei de imprensa e no código civil, este nos artigos 20 e 21.

Neste caso, a aplicação da proporcionalidade nos parecer ser um pouco complicada, pois o que se pode depreender do caso em si, pelo menos na ótica deste que escreve, é que Roberto Carlos estava interessado em barrar a circulação da biografia, não por ter ela atingido sua honra e privacidade, mas sim porque considerava a sua história de vida, um patrimônio exclusivamente seu, nada de sua história deveria ser partilhada com o público.

³⁹⁹ ARAÚJO, Paulo Cesar. *O Réu e o Rei. Minha história com Roberto Carlos, em detalhes.* p. 351

O que nos leva a essa conclusão, é a afirmação do autor da obra que todos os dados obtidos para se fazer esta biografia, o foram de reportagens veiculadas em jornais, ou mesmo através de entrevistas concedidas pelo próprio Roberto Carlos, enfim, de dados que se tornaram públicos. Estes dados simplesmente foram classificados, ordenados em ordem cronológica e assim utilizados.

Também, Roberto Carlos deixa transparecer essa intenção ao afirmar que textualmente “a minha história é um patrimônio meu!”⁴⁰⁰. E prossegue dizendo que é um absurdo alguém lançar mão de um patrimônio que é dele em seu benefício, principalmente para tirar proveito comercial.

Ao que parece o motivo da insistência de Roberto Carlos em proibir a biografia, pelo menos a partir desse que escreve, transparece no seguinte trecho do diálogo entre Roberto, Paulo Cesar e advogados de Roberto na audiência de conciliação no Foro Criminal de Barra Funda, a seguir transcrito: “.Voce não devia ter invadido a minha privacidade. Falar da doença de Maria Rita” Falar do caso com Maysa!. Eu não posso aceitar isso”⁴⁰¹.

Quando o autor da biografia retruca com Roberto dizendo que a vida pessoal dele já tinha sido exaustivamente mostrada em jornais e revistas, este afirma: “ Sim, mas livro é diferente. Livro é um documento, é algo que fica pra sempre”⁴⁰².

Se aplicarmos a proporcionalidade a este caso, a primeira dificuldade é exatamente delinear o verdadeiro objetivo perseguido observando-se as razões levantadas.

Do lado de Roberto Carlos, o pleito de impedir a comercialização foi fundamentada na invasão da privacidade, de sua vida íntima e de lesão a sua honra. Sua peça processual trouxe como fundamento não só os artigos da constituição, mas também a da legislação infra-constitucional, no caso, os artigos do código civil, 20 e 21.

O primeiro exame, a da adequação, nos parece ser não só adequado como também o única possível, visto que somente assim se impediria a circulação através da via judicial.

Entretanto, para a análise da necessidade, ou seja, salvaguardar a lesão à honra, invasão da privacidade, esta poderia ser perfeitamente obtida sem que houvesse o

⁴⁰⁰ ARAÚJO, Paulo Cesar. *O Réu e o Rei. Minha história com Roberto Carlos, em detalhes*. p. 303

⁴⁰¹ Ibid., p. 302

⁴⁰² Ibid., p. 302

impedimento da circulação da biografia, visto que nas palavras do autor da biografia, este estava disposto a de comum acordo, retirar os itens que Roberto Carlos considerasse ofensivo á sua honra, intimidade e privacidade. O autor propôs fazer uma revisão do livro, excluindo trechos que ele considerava invasivos.⁴⁰³

Ademais, no caso do artigo 20 do código civil que também serviu de fundamentação, o autor da biografia para elidir esta conotação comercial, comprometeu-se na audiência de conciliação a abrir mão de seus direitos autorais, disse textualmente “ Não quero receber um centavo da venda deste livro, todo o dinheiro pode ficar para você, mas que o livro continue circulando livremente”.⁴⁰⁴

Se desta audiência de conciliação essas propostas fossem aceitas, ou seja, revisão dos termos/reescrita dos termos considerados invasivos, desapareceria o fundamento da lesão da honra e invasão de sua privacidade e a medida pleiteada, proibição de circulação, não mais seria adequada, não seria necessária.

Entretanto, tal coisa não ocorreu devido ao fato de aparentemente o verdadeiro motivo não ser a citada lesão a honra, visto que mais tarde ele abriu mão da indenização que estava pleiteando, e da invasão a privacidade, mas sim, porque considerava sua história um patrimônio exclusivo seu, do qual não abriria mão para ninguém.

Se houvesse na exordial detalhes específicos dos trechos em que configurava a invasão de privacidade e a lesão à honra, poderia haver um sopesamento, uma ponderação em que a decisão de retirar estes trechos conciliaria os dois direitos em colisão.

Tal não ocorreu e nem houve por parte do juízo de primeiro grau tentativa de ponderação, pois não houve a leitura do livro para realmente saber se havia trechos que realmente comprometia a honra, a intimidade e a privacidade de Roberto Carlos, e a biografia ficou guardada a sete chaves após recolhidas.

A tempo, a Associação Nacional de Editores de Livros entrou no STF com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI – que recebeu o número 4815 em que questiona a constitucionalidade dos artigos 20 e 21 do código civil. A relatora desta ADI, Ministra Cármen

⁴⁰³ ARAÚJO, Paulo Cesar. *O Réu e o Rei. Minha história com Roberto Carlos, em detalhes*. p. 316

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 316

Lúcia, explica que no chamado Controle Abstrato de Constitucionalidade, a decisão da Corte vinculará todo o poder Judiciário, mas enquanto isso não ocorre não há impedimentos para o uso dos artigos acima. Somente, após o julgamento da corte é que os juízes estarão obrigados a seguir o entendimento do STF.

Enquanto é escrita essa análise na Câmara dos Deputados, depois de três anos de tramitação, aprovou no dia 6 de maio de 2014 o Projeto de Lei 393/2011 de autoria do deputado Newton Lima, a denominada Lei das Biografias, que agora segue para o Senado, e se lá aprovada (PLC 42/2014), segue para sanção ou veto da presidente Dilma.

Neste projeto de lei, pretende-se modificar o polemico artigo 20, que como já vimos acima, já tem uma ADI , alterando-se o parágrafo único para parágrafo primeiro e acrescentando-se um parágrafo segundo, com a seguinte redação:

“§ 2º A mera ausência de autorização não impede a divulgação de imagens, escritos e informações com finalidade biográfica de pessoa cuja trajetória pessoal, artística ou profissional tenha dimensão pública ou esteja inserida em acontecimentos de interesse da coletividade.”

A este texto foi acrescentado um terceiro parágrafo de autoria do deputado Ronaldo Caiado com a seguinte redação:

“§3º Na hipótese do § 2º, a pessoa que se sentir atingida em sua honra, boa fama ou respeitabilidade poderá requerer, mediante o procedimento previsto na lei no. 9.099 de 26 de setembro de 1995, a exclusão de trecho que lhe for ofensivo em edição futura da obra, sem prejuízo da indenização e da ação penal pertinentes, sujeitas essas ao procedimento próprio.”

Se aprovada este projeto de lei, resolveria grande partes dos problemas relacionados com as biografias não autorizadas.

Como desfecho final, no dia 31 de maio de 2014, no jornal Estado de São Paulo, caderno Caderno 2, página C4, uma reportagem efetuada por Julio Maria, traz declarações de Roberto Carlos de que não pedir a retirada do recém lançado livro de Paulo Cesar de Araujo intitulado O Rei e o Réu, onde esta conta em detalhes toda a história envolvendo a biografia.

6.4.4 A questão da privacidade em relação a obtenção de dados pessoais

Stefano Rodotà⁴⁰⁵ na introdução de seu livro “A vida na sociedade da vigilância – A privacidade hoje “ apropriadamente relata que a proteção de dados, referindo-se não somente à proteção de sua vida privada, como também de sua própria liberdade, é hoje reconhecida como um direito fundamental autônomo.

Entretanto, mesmo assim é cada vez mais difícil respeitar essa presunção devido as exigências de segurança interna e internacional, interesses de mercado, reorganização da administração pública que fazem com que haja uma diminuição das salvaguardas públicas ou desaparecimento de garantias essenciais.

Relata que após o 11 de setembro a privacidade além de não mais ser vista como direito fundamental, passa a ser considerada um obstáculo à segurança.

O espectro das possíveis formas de invasão da privacidade e obtenção de dados particulares é inimaginável e somos a cada dia surpreendido com novas formas que jamais havíamos sonhado. Aquilo que parecia boatos há alguns anos atrás, como por exemplo, o denominado projeto Echelon, que supostamente servia para obtenção de dados através da interceptação das telecomunicações, hoje se torna realidade com as denúncias efetuadas pelo americano Eduard Snowden.

Vamos neste tópico, examinar uma das mais rudimentares, tecnologicamente falando, forma de obtenção de dados pessoais e fazer uma análise sob a ótica da proporcionalidade.

6.4.4.1 O caso Garotinho

A Infoglobo, no intuito de fazer uma reportagem sobre uma suposta participação do então Governador do Rio de Janeiro Anthony William Garotinho Matheus de Oliveira, teve acesso a gravações de conversas telefônicas de forma ilícita, efetuada por terceiros.

Garotinho, na época candidato, a Presidente da República, entrou com uma medida cautelar para impedir que a Infoglobo Comunicações Ltda. que edita no Rio os jornais “O Globo” e “Extra Informações” veiculassem o conteúdo das conversas gravadas, alegando lesão a seu direito à intimidade e a vida privada, que como sabemos têm proteção constitucional. Aduz ainda ter sido vítima de crime previsto no código penal, além de ser lesionado seu sigilo das telecomunicações.

⁴⁰⁵ RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância. A privacidade hoje*. 2008. p. 13-21

Aduz que a edição do “O Globo”, da data do ajuizamento da ação em primeiro grau, veiculava reportagem sob o título “Garotinho sabia de suborno”, onde se mostram através de conversas gravadas, que Anthony Garotinho participou de operação de suborno do auditor fiscal da Receita Federal M .P, a responsável pela aprovação dos sorteios feitos pelo programa “Show do Garotinho”, na Radio Tupi e pela TV Bandeirantes.

Na mesma reportagem informava-se que a gravação era fruto de interceptação de conversas telefônicas entre Garotinho e dois interlocutores diversos.

Garotinho invoca o artigo 5º, inciso X – inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da honra -, e inciso XII – inviolabilidade das comunicações telefônicas, da Constituição e também os artigos 10 da lei 9296/96 – crime de interceptação telefônica não autorizada – e do artigo 151, §1º, II, Código Penal – crime de violação de correspondência, requerendo o deferimento liminar para a) determinar imediata apreensão das fitas e gravações mencionadas na reportagem; b) intimar aos réus para que se abstenham de veicular publicamente o conteúdo da reportagem.

A Juíza da 1º Vara Cível do Rio de Janeiro deferiu em parte a liminar determinando que os réus se abstenham por si ou por terceiros de veicular publicamente o conteúdo da citada reportagem, fixando uma multa cominatória por descumprimento.

Os réus recorreram e o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, depois de confirmar em agravo regimental o indeferimento de efeito suspensivo ao recurso interposto, negou provimento por maioria de votos, sendo Relator o Desembargador Binato de Castro, da 18ª. Câmara Cível, cuja ementa dispõe que a liberdade de imprensa e direito à informação não são absolutos, submetem-se ao direito de inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.

Invoca ainda o desembargador a teoria do “fruto da árvore envenenada” cuja ilicitude das provas contamina todo o restante.

Os réus, buscando derrubar a proibição, interpuseram sucessivos recursos até chegar ao Supremo Tribunal Federal.⁴⁰⁶

⁴⁰⁶ Medida Cautelar em petição 2.702-7 Rio de Janeiro. Ementário 2124-4 D.J. 19.09.2003

Os réus interpuseram RE fundamentando na contrariedade dos artigos 5º, IX, XIII e XIV da CF e do artigo 220 §§ 1º e 2º da CF, e aduzindo em síntese que a CF fez certa a liberdade de informar que não pode ser atingida por qualquer tipo de censura, e que a censura prévia jamais poderá ser admitida por força do próprio texto constitucional, depreendendo-se disso que o ofendido sempre terá meios de responsabilizar aquele que cometer eventual abuso.

Requereram ainda que o acórdão que decidiu o Agravo de Instrumento tenha seus efeitos sustados, revogando-se a liminar concedida pelo Juízo da 1ª Vara Cível e re-ratificada pelo Juízo da 21ª Vara Cível do Rio de Janeiro, para que se possa divulgar o conteúdo das gravações telefônicas.

O Ministro Sepúlveda Pertence, relator, em seu voto indefere o pedido da Infoglobo para autorização liminar da publicação do conteúdo da gravação e defere o pedido para remeter imediatamente o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro o Recurso Extraordinário interposto.

Este caso é interessante na medida em que o Relator Ministro Sepúlveda Pertence, aparentemente, faz um juízo de ponderação/sopesamento ao referir-se “ a tensão dialética permanente entre a liberdade de informação de um lado e a proteção à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem das pessoas é, sabidamente, o pano de fundo mais freqüente das especulações doutrinárias e pretorianas acerca da ponderação de interesses, como técnica de solução da colisão entre princípios e garantias constitucionais.”

É nesse aspecto, segundo o Ministro Relator, que os réus sustentam a prevalência da liberdade de informar, da imprensa, e do direito à informação, de todos, para a proteção dos quais a Constituição veda a censura prévia, sobretudo quando se trata de fatos de interesse público e relativo a homens públicos.

No entanto, conclui que “diversamente do que sucede nas hipóteses normais de confronto entre a liberdade de informação e os direitos da personalidade – no âmbito da proteção ao sigilo das comunicações, não há como emprestar peso relevante, na ponderação entre os direitos fundamentais colidentes, ao interesse público no conteúdo das mensagens veiculadas, nem à notoriedade ou ao protagonismo político ou social dos interlocutores.”

E prossegue afirmando que o que está em causa é a licitude das publicações do fruto de interceptação telefônica, ação criminosa nos termos do código Penal, e que não importa o interesse público do conteúdo das mensagens.

Então, entre os princípios e a regra, preferiu o Ministro ficar com as regras.

O Ministro Gilmar Mendes, apesar de observar que trata-se de um interessantíssimo caso de colisão de direitos fundamentais, não na sua acepção clássica de colisão entre direitos diversos, mas sim de um caso de colisão complexa, que envolve além de liberdade de expressão e de imprensa de um lado e direito à intimidade, à honra do outro lado, envolve também a consideração sobre a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, seguiu o voto do Relator.

Já o Ministro Marco Aurélio, não acompanha tal pensamento, pois, relata “ há uma matéria que me preocupa sobremaneira e que guarda sintonia com os novos ares constitucionais. Refiro-me à liberdade de informação, ao direito, para mim, público, subjetivo e político do cidadão: direito de ser informado.”

Para o Ministro Marco Aurélio há na verdade um conflito aparente, porque analisando os incisos do artigo 5º CF, verifica-se que a própria Carta confere maior ênfase ao direito-dever de informar, ao dever-direito de informar, ao direito de ser informado. No inciso V, assegura-se o direito de resposta, e também é garantida a indenização por dano material, moral ou à imagem.

Para o Ministro Marco Aurélio, entre o conflito entre a liberdade de informação e os direitos de personalidade, entre eles os relativos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, serão resolvidos em favor de interesse público visado pela informação.

Prossegue ainda tecendo importante comentário: “O interesse coletivo, ao meu ver, sobrepõe-se ao interesse individual. Não posso admitir que alguém que se coloque como candidato a um cargo de direção, como o de Presidente da República, simplesmente receie que alguma coisa venha a baila e acabe prejudicando a campanha. Ao contrário, o interesse maior está na elucidação, na divulgação – eu mesmo, como cidadão-eleitor, estou curioso quanto a essas fitas, em que pese a alguns vazamentos já ocorridos, pela imprensa – da gravação para que se elimine qualquer dúvida quanto ao perfil do candidato.”

Na apreciação para prosseguimento do RE o Desembargador José de Samuel Marques ponderou que: a) como as gravações envolvem pessoa pública o seu direito à privacidade inegavelmente sofre grande limitação, além do que se referem a fatos que interessam à população, além do que ao invés de procurar omitir o fato era melhor que o público conhecesse a verdade.

Entretanto o que se verifica neste acórdão é que temos duas posições francamente divergentes: uma aberta aos princípios constitucionais e valores nela insculpidos que amplia o grau de discricionariedade do juiz e outra de um direito que privilegia a legislação ordinária, que por sinal foi a vencedora.

Apenas como forma de argumentação, no decorrer da análise desse acórdão abordou-se que prova ilícita contaminaria o restante das provas, ou seja, abordou-se a teoria *fruits of the poisonous tree* – frutos da árvore envenenada, teoria do direito norte-americano pela qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos, o que no caso a prova ilícita tornaria todos as demais provas derivadas desta também ilícitas.

Esta teoria se coaduna com o disposto no artigo 5º, inciso LVI, onde não se admite provas ilícitas. Entretanto, no julgamento do HC 69912-0 do Rio Grande do Sul, verificou-se que no primeiro julgamento ocorrido, entenderam-se por aceitar a denúncia, após ter-se colhido provas suficientes, que foram iniciadas através de uma gravação ilícita. Neste caso não foi levado em conta a questão da “*fruits of poisonous tree*”.

Então, o correto seria considerar-se a ponderação efetuada pelo ministro Marco Aurélio em considerar prevalente, neste caso, o interesse público em detrimento da alegada privacidade individual, mesmo porque a própria constituição assegura a indenização, caso as notícias fossem inverídicas.

6.4.5 Questões da bioética

Com bem acentua Sarlet e Leite⁴⁰⁷, a relação entre avanços tecnológicos e o Direito tem sido objeto de constante estudo propiciando uma renovação no campo dos direitos humanos e fundamentais.

O avanço da tecnologia implica numa revolução do Direito uma vez que abrem novos campos de atuação ao ser humano e ao mesmo tempo com implicações intimamente ligadas ao direito.

Esse relacionamento é particularmente sentido no campo da biotecnologia, pois o seu amplo espectro traz implicações profundas no campo dos direitos fundamentais e das questões existenciais.

O artigo 2º da Convenção sobre Diversidades Biológica da ONU, de 1992 traz uma definição sobre o que é biotecnologia: “Biotecnologia significa qualquer aplicação tecnológica que use sistemas biológicos, organismos vivos ou derivados destes, para fazer ou modificar produtos ou processos para usos específicos.”

Apenas em caráter introdutório sobre a implicação desta nova fronteira, podemos destacar a clonagem pioneira da ovelha Dolly, o desenvolvimento genético na produção de alimentos, a utilização de células-tronco, manipulação do embrião humano, etc.

Os problemas que surgem, não estão apenas relacionados ao campo legal, mas também e, principalmente, em aspectos éticos e morais que acabam redundando no aspecto legal. Imagine-se, por exemplo, em um exame admissional rotineiro, onde colhe-se sangue e realiza-se a revelia do candidato, um exame genético, para verificar a herança genética⁴⁰⁸ do mesmo ou um estudo de seus genes para verificar a possível ocorrência de doenças que poderão surgir no futuro.

Como o espectro da biotecnologia é muito amplo, analisaremos um exemplo mais comum, aos nossos dias, e que mostra bem a relação entre a medicina, moral e o direito. Iremos analisar o caso do feto anencéfalo.

6.4.5.1 Feto anencéfalo⁴⁰⁹

⁴⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, LEITE, George Salomão. Org. *Direitos Fundamentais e Biotecnologia*. p. 5

⁴⁰⁸ Site www.23andme.com realiza exames para mostrar a composição ética em seu DNA – europeu, asiático, sahara africana – parte Neandertal. Acesso em janeiro 2014.

⁴⁰⁹ STF - Habeas Corpus 84.025-6 Rio de Janeiro. DJ. 25.06.2004. Ementário N°. 2157-2

Gabriela Oliveira Cordeiro, com 18 anos, residente em Teresópolis no Rio de Janeiro, ajuizou, por intermédio da Defensoria Pública, pedido de autorização judicial para realização de aborto, visto que exames médicos comprovaram que o feto era portador de anencefalia, ou seja, ausência da calota craniana e cérebro rudimentar.

Seu pedido de autorização foi liminarmente indeferido, sob o fundamento de falta de previsão legal, visto que não há subsunção nas hipóteses de exclusão de ilicitudes do artigo 128 do Código Penal, quer seja quando efetuado por médico para salvar a vida da gestante ou quando a gravidez resultar de estupro e for precedido de consentimento.

O MP do Rio de Janeiro interpôs recurso de apelação e coube a 2ª. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça a apreciação deste recurso, sendo relatora a Desembargadora Gizelda Leitão Teixeira que liminarmente concedeu autorização para interromper a gravidez.

Na decisão comenta a Desembargadora que filho é motivo de imensa alegria, projetos a serem realizados para um futuro de realizações e alegria, que se transforma em desespero e tristeza ao saber que o feto padece de uma patologia irreversível e incontornável. Não se pode ficar insensível ao sofrimento desta mãe.

Documento acostado aos autos relata que o feto apresenta malformação grave do sistema nervoso central (cabeça fetal) com ausência de calota craniana e cérebro rudimentar sendo incompatível com a vida pós-natal.

A morte do feto após o parto é inquestionável. A preocupação deve ser para com o caso, em especial com a mãe, que padece de sérios problemas de ordem emocional ante o difícil momento porque passa e desta forma autoriza a interrupção da gravidez em curso.

Mas, em 21 de novembro de 2003 o padre Luiz Carlos Lodi da Cruz, Anápolis-Go, presidente da Associação Pró-Vida, impetrou habeas corpus junto ao STJ para desconstituir a decisão monocrática da desembargadora.

A ministra Laurita Vaz em despacho de 25 de novembro de 2003 concedeu liminar sustentando a decisão do Tribunal que autorizou a realização do aborto, até a apreciação final pela Quinta Turma da Corte.

O Supremo Tribunal de Justiça, devido às características do caso, em vez de julgar imediatamente o feito, resolveu às vésperas do recesso judiciário, requerer diligências ao TJ do Rio de Janeiro, sendo neste aspecto, vencida a relatora.

Em 18 de fevereiro de 2004 foi julgado o habeas corpus pelo Supremo Tribunal de Justiça que concedeu a ordem para reformar a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça. Dessa forma, não se permitiu realizar o aborto e o fundamento do STJ foi de que a legislação penal e a própria Constituição Federal tutelam a vida como bem maior a ser preservado, e as hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se a interpretação extensiva e tampouco analogia in malam partem. Prevalece nesse caso o princípio da reserva legal.

Diante desse acórdão, Fabiana Paranhos, ANIS- Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, THEMIS – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero de Agência de Direitos Humanos, e Gênero Cidadania e Desenvolvimento, impetraram junto ao Supremo Tribunal Federal o presente Habeas Corpus, fundamentando-se na coação da liberdade por proibição de antecipação do parto, incorrência do crime de aborto, a necessidade de tutela à saúde física e mental da paciente e o desrespeito ao princípio da dignidade humana, pedindo ao final a cassação do acórdão do STJ para autorizar a paciente para realizar o aborto.

Instada a manifestar-se a Procuradoria Geral da República opinou pelo não conhecimento da impetração e no mérito pela sua denegação.

O Relator, Ministro Joaquim Barbosa, inicia seu voto discorrendo sobre se o STF tem ou não competência para julgar o presente Habeas Corpus.

Salienta inicialmente que durante todo processo em nenhum momento foram cogitados eventuais direitos da gestante. Toda discussão levada a efeito no STJ pautou-se nos direitos do nascituro, sem considerar que os direitos do nascituro e da gestante, constitucionalmente protegidos, estivessem intimamente entrelaçados, como se o direito do nascituro excluísse completamente os direitos da gestante. A concessão do habeas Corpus pelo STJ, com a continuidade da gestação, tem o efeito de causar restrição à liberdade da paciente.

Dessa forma, a ordem concedida em favor, quer do feto quer da paciente, implica obrigatoriamente restrição da liberdade do outro.

Entende o Ministro que o caso se encaixa no permissivo constitucional do artigo 102, I, i, tratando-se de competência originária do STF. Não se trata como se poderia pensar de competência recursal.

Entende ainda o Ministro Relator que o acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça é nulo, pois ao receber o recurso de Apelação da paciente, a Desembargadora deferiu a liminar autorizando o aborto e, inconformados, advogados, estranhos ao processo interpuseram agravo regimental e mesmo sendo partes ilegítimas e apenas invocando o direito de petição, o presidente da Câmara Criminal do TJ conheceu do recurso e violando o princípio do juiz natural, cassou liminarmente a decisão da desembargadora relatora da apelação e negou provimento ao agravo regimental, confirmando a decisão da desembargadora relatora.

O sacerdote Luiz Carlos Lodi da Cruz ao impetrar HC ao STJ visava atacar a decisão monocrática da desembargadora do TJ que concedeu a liminar em favor da paciente.

Entende o Ministro Relator que o STJ, não poderia ter julgado o *writ*, pois não detinha competência para apreciar a matéria, uma vez que enquanto não exaurida a função jurisdicional do tribunal *a quo*, o tribunal *ad quem* não pode avocar a matéria, pouco importa se a decisão monocrática é juridicamente correta ou incorreta. Daí o entendimento do Ministro de que o acórdão atacado é nulo.

Após essas considerações acerca da competência, passa o Ministro a apreciar o mérito da impetração deste HC.

Entende o Ministro Relator que a questão tem que ser analisada em relação à liberdade individual onde a autodeterminação da gestante é uma manifestação e em relação aos diferentes graus de tutela penal da vida humana.

Ressalta o ministro que há uma flagrante colisão entre do direito à vida de um lado e o direito à liberdade, à intimidade e à autonomia privada de outro, todos constitucionalmente protegidos.

Chama à observação o fato de que não se trata apenas de uma interrupção de uma gravidez, mas sim a interrupção de uma gravidez que está fadada ao fracasso, pois

invariavelmente ocorrerá a morte do feto. O nascituro portador de anencefalia, não viverá mais do que alguns dias.

Discorre sobre as excludentes de ilicitude do artigo 128, II expondo que a lei preserva o direito de escolha da mulher não a punindo caso decida interromper a gravidez. A lei não determina que o aborto deva necessariamente ocorrer. Isso implica em uma tutela jurídica expressa da liberdade e da autonomia privada da mulher.

Questiona-se o ministro que como nesse caso a vida extra-uterino é inviável a opção da gestante pela interrupção poderia ser considerada crime? Ele entende que não, porque ao efetuar a ponderação entre os valores jurídicos tutelados, vida extra-uterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, deve prevalecer a dignidade da mulher. Dignidade esta representada pela liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas e seu sentimento pessoal.

Para fundamentar sua posição traz decisões de cortes constitucionais como o voto do juiz *Harry Blackmun* da Corte Suprema dos Estados Unidos no “*Case Roe v. Wade de 1973*” ou a posição francesa onde a decisão de interromper a gravidez é vista como algo inerente á autonomia privada, fazendo parte daquilo que o professor Jacques Robert caracteriza como “*le droit de disposer de son corps*”.

Contra argumenta a posição do STJ de que a vida do nascituro é protegida pelo Direito Penal, dizendo que a tutela da vida humana é efetuada em graus diferenciados, tanto é que a lei distingue distintos fatos típicos estabelecendo a cada uma diferentes penas.

Traz citação do professor Claux Roxin, de que “ a vida vegetativa não é suficiente para fazer de algo um homem e que com a morte encefálico termina a proteção à vida”

Concluí o ministro que o feto desde sua concepção até o momento em que se constatou clinicamente a irreversibilidade da anencefalia, era merecedor da tutela penal, mas a partir do momento em que se comprovou sua inviolabilidade, embora biologicamente vivo, deixou de ser amparado pelo artigo 124 do CP.

Em relação ao fato desta situação não estar no rol das excludentes de ilicitude do artigo 128 CP, entende que quando o código penal foi promulgado, em 1940, não havia tecnologia médica apta a este diagnóstico da inviabilidade do desenvolvimento do nascituro.

Devido ao exposto acima, conclui o ministro em conceder a ordem para que a paciente interrompa a gravidez. Entretanto, a peculiaridade desse caso não termina com o voto do ministro, pois enquanto o HC estava sendo analisado, a paciente teve a criança, que viveu por apenas 7 minutos.

Com isso, o Tribunal por decisão unânime, julgou prejudicado o HC tendo em vista a ocorrência de fato superveniente que o tornou sem objeto.

Como se depreende do voto do Ministro Relator Joaquim Barbosa, há claramente dois direitos em colisão, de um lado, a vida do feto e do outro a liberdade e a autonomia privada da gestante e conseqüentemente a sua dignidade.

Este problema de colisão não pode ser resolvido da mesma maneira em que um direito envolvido prevalece em detrimento de outro, sem desaparecer. Estamos diante de um direito do feto e a prevalência do direito da gestante implica no desaparecimento do primeiro, como no clássico caso de antinomias de lei em que uma delas desaparece.

O problema é que na ponderação destes direitos envolvidos, não se trata apenas de uma questão legal, mas sim moral e até porque não, religiosa?

Estamos tratando em última hipótese da questão da dignidade do embrião humano em choque com a dignidade da mãe gestante.

Em relação à questão da dignidade do feto, Habermas⁴¹⁰, apesar da discussão se tratar especificamente sobre eugenia⁴¹¹ no cenário alemão, traz uma posição interessante a esse respeito.

Habermas entende que sob o ponto de vista filosófico, a dignidade humana não pode se estender ao início da vida humana, porque o valor da vida humana não pode ser colocado no mesmo nível dos outros bens protegidos pelo direito. Ninguém duvida da humanidade do embrião enquanto membro da espécie.

⁴¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. Apud RABENHORST, Eduardo. R. *A dignidade do homem e os perigos da pós-modernidade*. In SARLET, Ingo W. LEITE, George. S. *Direitos fundamentais e biotecnologia*. 2008. p. 130

⁴¹¹ Termo eugenia foi cunhado por Francis Galton. Eugenia negativa refere-se a eliminação de seres humanos com malformações genéticas e a eugenia positiva refere-se uma política de promoção de casamentos entre os melhores

Habermas entende que uma resposta pós-metafísica à questão de como devemos lidar com a vida humana pré-pessoal não pode ser obtida ao preço de uma definição reducionista do homem e da moral. Daí a impossibilidade de se falar de dignidade humana quanto se refere aos embriões ou aos fetos.

Habermas entende que a vida humana não realizada plenamente pode gozar de proteção legal, mas nem por isso o embrião pode ser considerado sujeito de direito. Habermas não nega a existência de deveres para com ele. Entretanto nosso ordenamento entende ser o nascituro sujeito de direitos e a tese de Habermas, embora interessante não pode ser acolhida.

A questão da dignidade do embrião / feto é difícil sendo consideráveis as propostas científicas ligadas ao tema. Alguns autores consideram embrião até os 14 dias de desenvolvimento e feto após esse período.⁴¹²

Não há consenso científico ou filosófico acerca do momento em que a vida tem início. Barroso⁴¹³ relata que há inúmeras concepções sobre o tema e nos traz algumas posições defendidas no plano teórico sobre quando se inicia a vida: a) com a fecundação; b) com a nidação⁴¹⁴; c) quando o feto passar a ter capacidade de existir sem a mãe – entre a 24^o e 26^o semana da gestação⁴¹⁵; d) quando da formação do sistema nervoso central.

A dificuldade surge com o fato de que nem o embrião, ou feto e nem mesmo o recém-nascido dispõem de uma consciência reflexiva e nem de uma verdadeira autonomia psíquica. Entretanto, a criança recém-nascida, viva e viável traz nela a potencialidade de se tornar uma pessoa adulta se ela for devidamente cuidada. Dessa forma, o recém-nascido, de uma forma rápida e crescente, foi considerado como o equivalente a uma pessoa inteira, tendo direito ao mesmo respeito.⁴¹⁶

⁴¹² CASSIERS, Léon. *Dignidade do embrião humano*. In SARLET, Ingo W. LEITE, George. S. *Direitos fundamentais e biotecnologia*. 2008. p. 190-207

⁴¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na constituição*. In NOVELINO, Marcelo. Org. *Leituras complementares de constitucional*. 2010. p. 167

⁴¹⁴ Só há potencial de vida quando o embrião se fixa no útero materno, já que o embrião não pode se desenvolver fora dele.

⁴¹⁵ Critério utilizado pela Suprema Corte Norte-americana e pelo Comitê Nacional de Ética Francês para distinguir entre pessoa humana potencial e pessoa humana tout court.

⁴¹⁶ CASSIERS, Léon. Op.cit. p. 195

Cassiers⁴¹⁷ indaga que se atribuirmos a dignidade de uma pessoa humana também ao recém-nascido, poderemos, em um segundo momento, nos interrogarmos sobre essa questão em relação ao embrião e ao feto antes do nascimento. Relata que constatam-se que essa assimilação ao recém-nascido se enfraquece progressivamente e torna-se menos segura à medida em que voltamos os primeiros estágios.

Segundo Cassiers, do óvulo fecundado ao recém-nascido vê-se desenvolver uma pessoa progressiva, que em relação à intuição existente na maior parte dos humanos, e também de uma dignidade também progressiva e, portanto, de um respeito crescente.

Para Cassiers, esse pensamento encontra-se institucionalizada nas leis de numerosos países quanto a não penalização do aborto onde geralmente até 12 semanas não se penaliza. E após esse prazo a interrupção é penalizada.

É obvio que em um processo de personalização progressiva não há um momento objetivo, preciso, que permita decretar que antes desse momento não exista dignidade da pessoa.

Nosso ordenamento não traz esta reflexão, excetuados as excludentes do artigo 128, considera o aborto crime penalizando com detenção ou reclusão dependendo da forma com que este é efetuado.

No caso em tela não há como evitar que na colisão entre estes dois direitos um deles seja suprimido, o que se há que levar em conta é o juízo de ponderação para que haja o menor mal possível. Neste sentido, as discussões acerca da dignidade do embrião/feto acima são proveitosas, excetuando-se o fato de que a mesma pressupõe a viabilidade da vida extra-uterina, ou seja, o embrião tornando-se feto que venha a ter capacidade de sobreviver após o nascimento.

Poderíamos ainda trazer a esta discussão o conceito de dignidade de Luhmann, que já vimos em item anterior, de que esta não é uma qualidade inata do homem, mas sim algo que deve ser construído pelo próprio indivíduo. A pensar-se dessa maneira, o feto anencéfalo não teria a menor possibilidade de desenvolver a sua dignidade.

⁴¹⁷ Op..cit. p. 203

No caso deste exemplo em um juízo de ponderação e tendo em vista que feto não teria a menor possibilidade de sobrevivência, deve prevalecer o direito da gestante.

Entretanto, mesmo após a análise desse caso, que teve grande repercussão, o assunto trazido à tona, não deixou de ser polêmico. A discussão prosseguiu.

Em 17 de junho de 2004⁴¹⁸ a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde interpôs ADF – Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental, sob número 54, para que o Código Penal fosse interpretado em conformidade com os princípios constitucionais e que a interrupção da gravidez no caso dos fetos anencefálicos não mais configurasse conduta tipificada nos artigos 124, 136 e 128, incisos I e II do Código Penal.

Fundamentou-se nos artigos 1º, IV – dignidade da pessoa humana, art. 5º, II – princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade e os artigos 6º e 196 da Constituição e, como ato do Poder Público causador da lesão os artigos 124, 126 e 128, I e II do Código Penal, visto que em detrimento dos princípios contidos na Constituição Federal extrai-se deste conjunto de artigos do CP a proibição de efetuar a antecipação terapêutica do parto nos casos de fetos anencefálicos.

A CNTS procura demonstrar que a antecipação terapêutica do parto não consubstancia aborto. Ressalta que para configurar aborto é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto.

A ADF-54 tem como pedido principal que ante os preceitos fundamentais, os artigos 124, 126 e 128, I e II, interpretados sob o ponto de vista terapêutico são inconstitucionais.

Apresenta literatura médica que indica que a má-formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex, leva-o ou à morte intra-uterina, alcançando 65% dos casos, ou à sobrevivência de, no máximo, algumas horas após o parto. Demonstra que a permanência de feto anômalo no útero da mãe mostra-se potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde e à vida da gestante.

Ressalta que impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe que não sobreviverá causa dor, angústia e frustração, resultando em violência à dignidade

⁴¹⁸ ADF54 – Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental.

humana no senso físico, moral e psicológico, além de ser um cerceio à liberdade e autonomia da vontade.

Em 17 de junho de 2004 o processo tornou-se concluso ao relator. Concomitantemente, a CNBB – Conferência Nacional dos Bispos do Brasil requereu a intervenção no processo como *amicus curiae* nos termos do parágrafo 1º do artigo 6º da lei 9.882/99. O relator nesta mesma data, indeferiu tal pedido.

Em 1º de julho de 2004 o Ministro Marco Aurélio de Mello concedeu liminar reconhecendo o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos a partir de laudo médico atestando a deformidade.

Ainda em julho a CNBB requereu a reconsideração do ato pelo qual não foi admitida como *amicus curiae*, que não foi atendida.

As Católicas pelo Direito também pleiteou a integração ao processo que também foi indeferida. Idêntico destino teve também a Associação Nacional Pró-vida e Pró-família e a Associação do Desenvolvimento da Família.

O Procurador-Geral da República também se manifestou pelo indeferimento da ADF-54 considerando a primazia do direito à vida.

O Relator do processo em vista do parágrafo 1º do artigo 5º, da lei 9.882/99 estabeleceu audiência pública visando a participação das entidades representativas dos diversos segmentos sociais, religiosos e científicos, incluindo as que tiveram indeferido o pedido de intervenção no processo como terceiros.

As sessões ocorreram em 26 e 28 de agosto e 4 e 16 de setembro de 2008.

As entidades religiosas defenderam a humanidade do feto em gestação e, que independente da má-formação e reduzida expectativa de vida não tem o condão de lhe negar direitos e identidade.

O professor adjunto do departamento de cirurgia geral da faculdade de Ciências Médicas do UERJ observou que a Associação Médica Americana não aceita a equivalência da anencefalia à morte encefálica.

José Aristodemo Pinotti, deputado federal, e professor titular da USP e UNICAMP disse haver dois diagnósticos de certeza na ecografia obstétrica: o óbito fetal e a anencefalia. Destacou que a partir da 12ª semana de gestação, exames ecográficos podem detectar a presença de qualquer anomalia incompatível com vida extrauterina.

Pela Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência buscou-se demonstrar a não ocorrência de atividade cortical no feto anencéfalo, semelhante a um morto cerebral. Existiria somente vida visceral – meramente vegetativa -, capaz de fazer bater o coração e respirar.

O Ministério da Saúde manifestou-se favorável à antecipação terapêutica do parto.

Em novembro de 2012 o Ministro Relator Marco Aurélio após longa exposição votou favoravelmente ao pleito formulado pelo CNTS, no que foi acompanhado pelos Ministros Luiz Fux, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Rosa Weber, Cármen Lucia, e Celso de Mello. Vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso.

A partir desse voto, mostra-se inconstitucional a interpretação da interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II do CP.

6.4.6 Questões sociais

Mendes⁴¹⁹ lembra que os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção, mas expressam também um postulado de proteção.

Os direitos sociais e os direitos individuais que implicam tanto em prestações, no sentido positivo, como direitos de defesa, no sentido negativo, sendo que ambas demandam o emprego de recursos públicos para a sua garantia, e por isso mesmo que a dependência de recursos para a sua efetivação é que leva parte da doutrina a defender que as normas sociais assumem a feição de normas programáticas, ou seja, dependentes de formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis.

Alerta para o fato de que em relação às políticas sociais a prestação devida pelo Estado varia de acordo com as necessidades específicas de cada cidadão. Em relação à

⁴¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. p.464

saúde há a necessidade de se adotar um critério distributivo em relação a estes recursos, porque o Estado deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais.

Daí a razão da adoção de uma política distributiva em relação à implementação dos direitos sociais exatamente devido a inexistência de recursos financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais.

A concretização da dignidade humana na área social, em especial na área da saúde e educação passa pela realização de um mínimo existencial, que somente pode ser realizado através da atuação do Poder Judiciário.

Alerta Mendes que os problemas concretos deverão ser resolvidos considerando-se as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve, e é por isso que é inevitável que Juízos de ponderação deverão ser empregados devidos às complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou entre direitos individuais e bens coletivos.

A Constituição de 1988 consagra um amplo catálogo de direitos sociais entre os quais, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e a infância e assistência aos desamparados.⁴²⁰

Reafirma Mendes que os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição brasileira como autênticos direitos fundamentais.

Neste tópico, extremamente amplo, escolhemos analisar caso envolvendo os aspectos de proteção à saúde e as manifestações culturais.

6.4.6.1 Preservação da saúde e do meio ambiente – O caso dos pneumáticos

Já vimos no tópico acima que a saúde é um dos mais importantes direitos fundamentais e vamos analisar neste exemplo a colisão entre a preservação da saúde e do meio ambiente vs. a livre exercício da atividade econômica protegida constitucionalmente através do artigo 170 da Constituição Federal de 1988.

No caso em tela, a empresa – Tal Remoldagem de pneus Ltda. – se dedica a industrialização de pneus remoldados, recauchutagem e vulcanização de pneumáticos.

⁴²⁰ Ibid., p. 479

Sustenta a empresa Tal que tem necessidade de importação das carcaças de pneumáticos usados para utilizá-lo como matéria prima no processo de remoldagem. A remoldagem consiste em reconstituir o pneu usado a partir da substituição da banda de rodagem dos ombros e de toda a superfície de seus flancos.

Objetivando obter licença de importação de carcaças de pneumáticos (pneus usados) a empresa recorreu ao judiciário para obter tutela antecipada. O que obteve.

A advocacia Geral da União requereu e obteve a suspensão da tutela antecipada obtida em primeiro grau.

Após sucessivos recursos, a empresa, neste agravo regimental⁴²¹ fundamenta seu pleito inquirindo da constitucionalidade da Portaria SECEX n°. 35/2006 que sucedeu a portaria DECEX n°, 08/91. Alega ainda que a proibição geral de importação de bens de consumo ou matéria-prima passou a ser discriminatória ao setor de reforma de pneus (SECEX 08/200).

Alega também que a opção pela importação de pneus usados é motivada por razões econômicas, logísticas e de segurança, devido ao fato de que os pneus usados de procedência nacional não atendem à demanda interna sobremaneira aos requisitos mínimos de segurança exigidos pelo INMETRO.

Alega ainda que a Resolução CONAMA 258/99 e 301/202 implantou a gestão ambiental neutralizando os efeitos negativos de aumento do passivo ambiental do pneu e por isso não há que se falar que os pneus usados importados após sofrerem processo de reforma sejam mais ou menos prejudiciais ao meio ambiente do que os pneus novos ou reformados.

E mais, que a atividade econômica de recondicionamento é regulamentada pelas leis 4.502/64 e 5.172/66, encontrando-se subordinada aos parâmetros ambientais estabelecido na lei 6.938/81 que é atualmente regulamentada pela Resolução CONAMA 237/97.

Por final, aduz que cumpriu fielmente todo o processo de cadastramento perante o IBAMA e que o cumprimento da Resolução CONAMA 258/99 diminuiu o passivo ambiental do país.

⁴²¹ Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 118-6 Rio de Janeiro. DJE n°. 36 Divulgação 28/02/2008. Publicação 29/02/2008. Ementário n°. 2309-1

O Procurador-Geral da República em seu parecer posiciona-se no sentido de que a antecipação de tutela para obtenção da licença de importação, foi concedida em flagrante afronta às normas constitucionais e legais que tratam do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, do direito à saúde e dever de fiscalização e controle sobre o comércio exterior, evidenciando, grave risco de lesão aos bens tutelados pelo artigo 4º da lei 6.437/92.

Enfatiza que os impactos ambientais causados pela importação de pneus usados são inestimáveis pela dificuldade ou impossibilidade de sua reparação.

A Relatora Ministra Ellen Gracie em seu voto rejeitou o pedido de não conhecimento do pedido de suspensão da tutela antecipada, basicamente fundamentando-se nos seguintes itens: a) considera estar comprovada grave lesão à ordem pública em termos de ordem administrativa, considerando-se a proibição geral de importação de bens de consumo ou matéria prima usada. Transcreve trecho do voto do relator na Apelação Cível onde este entende que a importação de pneumáticos como matéria prima para fabricação de pneus remoldados viola a ordem pública, devido ao fato de que à exceção do período compreendido entre as Portarias DECEX n.ºs 01/92 e 18/92 desde a edição da Portaria DECEX n. 08 de 13.05.91 não se permite a importação de bens de consumo usados; b) diante do contido no artigo 225 CF88, entende também haver a ocorrência de grave lesão e inafastável interesse público devido a efetiva possibilidade de danos irreparáveis ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à saúde.

Observa a Relatora Min. Ellen Gracie que o exercício da atividade empresarial visando lucro é legítima e é amparada pelo ordenamento jurídico, mas deve ser compatível com os demais princípios constitucionais, notadamente com especial ênfase para a proteção à saúde e ao meio ambiente.

Ressalta que a preservação do meio ambiente goza de proteção especial, enquanto direito fundamental que assiste á generalidade das pessoas. Tal entendimento foi reafirmada quando o julgamento da ADI 3.540-MC, sendo rel. Min. Celso de Mello, (DJ 03.02.2006), que apropriadamente traz que “ A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente”.

Traz dados da Associação Nacional da Indústria de Pneumáticos que dos 54,5 milhões de novos pneumáticos produzidos no país em 2006, 40 milhões são descartados

anualmente e destes 30% são considerado aptos ao reaproveitamento. A esse numero soma-se um volume expressivo de pneus usados importados, como em 2004, o montante de 1,5 milhões e em 2005, 10,5 milhões.

Com base nestes dados contabiliza somente no ano de 2005 um volume de mais de 3 milhões (aproximadamente 15 toneladas) de pneumáticos inservíveis, provenientes na maior parte da Comunidade Européia, tendo como consequência a entrada no território brasileiro de todo esse passivo ambiental.

Como uma solução para diminuir essa agressão o Conselho Nacional do Meio Ambiente editou a Resolução nº. 258/99 que obriga as empresas fabricante e importadoras a coletarem e promover destinação ambientalmente adequadas aos pneumáticos inservíveis (os que não podem mais ser aproveitados no processo de remoldagem).

Entretanto da análise da Resolução 259/99, verifica-se que esta pelos artigos 1º e 3º, Pu, não regulamenta nem autoriza a importação de pneus usados, mas apenas disciplina a destinação dos aqui existentes, onde explicitamente diz que a partir de 2002 para 4 pneus novos fabricados ou importados, deverá ser dada destinação final a 1 pneu inservível com a finalidade de reduzir o passivo ambiental.

Em seu voto deixa transparecer que a medida não é cumprida e o que se observa é o acúmulo em pilhas e descarte ilegal, em aterros sanitários, mar, rios ou riachos, tornando-se vetores doenças graves, como a dengue e a malária, com graves conseqüências à saúde pública.

Prosseguindo em seu voto, a Ministra Ellen Gracie nega provimento ao agravo confirmando a proibição de importação de pneus usados.

Agravo regimental interposto pela empresa Tal, o Ministro Ricardo Lewandowski apresentou voto divergente fundamentando-se nas seguintes razões: a) relata que existem 24 empresas com ADI sobre o tema e que apenas duas serão julgadas, e isso traria um tratamento desinômico; b) têm-se notícia de que somente em uma das empresas que corre o risco de ser fechada existem 700 funcionários que ficariam desempregados na região metropolitana de Curitiba; c) existência de um laudo do Inmetro atestando a necessidade de importação de pneus usado porque estes não são encontráveis no mercado em quantidade suficiente; d) uma das empresas anexa uma declaração do Instituto Ambiental do Paraná

atestando que a atividade não é poluidora e a empresa, inclusive, têm nove milhões de créditos ambientais a seu favor.

Ao final, na votação deste Agravo Regimental na suspensão de tutela antecipada 118-6 do Rio de Janeiro, o Pleno do Tribunal o rejeitou por maioria. Foi Relatora a Ministra Ellen Gracie e vencido os Ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Marco Aurélio de Mello.

Apenas como forma de complementar a análise desta questão, obtém-se de outros acórdãos⁴²² que o CONAMA através da Resolução 23/96 e a Portaria nº 8/2000 do SECEX (Ministério da Fazenda – comércio exterior -) explicitamente proibiram a importação de pneus usado.

Nas várias arguições de inconstitucionalidade acerca desses dispositivos, o acórdão acima traz uma jurisprudência do TRF-2⁴²³, onde estatui que: "A matéria em análise já não comporta mais discussões, ante a orientação consagrada pelo Superior Tribunal Federal no julgamento da ADPF 101/2009, que considerou que os preceitos fundamentais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado e constitucionalmente protegidos , bem como os princípios expressos nos artigos 170, I e IV, e seu parágrafo único, 196 e 225, todos da CF, estariam sendo descumpridos por decisões que, deixando de dar aplicação às Portarias, Resoluções e Decretos emanados, respectivamente , pela DECEX e SECEX, CONAMA e Executivo Federal, garantissem a importação de pneus usados ou remoldados".

No voto da Ministra Ellen Gracie não houve menção a proporcionalidade ficando a decisão fundamentada apenas ao aspecto legal.

Entretanto, verifica-se claramente nesta questão o embate de princípios protegidos pela constituição quais sejam o da livre iniciativa e da livre concorrência vs. o interesse público consubstanciado na proteção à saúde, à vida das pessoas e do meio ambiente ecologicamente saudável.

Na aplicação da proporcionalidade neste caso, verifica-se que em termos do sub-princípio da adequação a interposição de medida judicial foi adequada visto que somente o judiciário poderia dar a resposta pretendida.

⁴²² No CNJ : 0012065-78.2013.4.02.000

⁴²³ TRF-2, AC no 200651010219160/RJ – Relator Des. Federal POUL ERIK DYRLUND – 8º Turma Especializada – E- DJF2R – 08/06/2011

Já na análise do sub-princípio da necessidade, parece-nos questionável a urgente necessidade de importação de pneus usado, visto a informação da Associação Nacional de Indústria de Pneumáticos de que aparentemente há uma grande quantidade de pneus disponível no mercado brasileiro, não havendo portanto a necessidade de importação, em que pese o laudo do Inmetro de que não há pneus suficiente no mercado. Além do que o próprio STF já se posicionou a respeito da constitucionalidade das Portarias e Resoluções proibindo a importação.

Entretanto, apenas para uma análise acadêmica poderemos considerar que em havendo a adequação do sub-princípio da necessidade neste caso, ao passarmos a análise do último quesito da proporcionalidade, ou seja, da análise da proporcionalidade em sentido estrito, teríamos que fazer uma ponderação entre os princípios e interesses, constitucionalmente protegidos, elencados acima.

Sem dúvida de que em uma ponderação entre a livre iniciativa e livre concorrência vs. a saúde pública, esta sem dúvida, pela ampla incidência nas condições de vida da população deve preponderar.

Em suma, se não fosse pelas razões acima apresentadas no voto da Des. Ellem Gracie, na aplicação da proporcionalidade o pleito da empresa de remoldagem também não deveria prosperar, pois o interesse público, neste caso, prepondera.

6.4.6.2 Manifestações culturais - Farra do boi

O artigo 215, §1º da Constituição Federal garante o pleno exercício dos direitos culturais, apoio e incentivo a valorização e a difusão destas manifestações culturais. Cabe ao Estado a proteção das manifestações das culturas populares.

Da mesma forma, o artigo 225 CF e seus incisos, notadamente o VII, preconiza um meio ambiente ecologicamente equilibrado, e para assegurar a efetividade desse direito incumbe ao poder público proteger a fauna e a flora, vedadas as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção das espécies ou submetam os animais a crueldade.

Com base neste dispositivo a APANDE - Associação Amigos de Petrópolis, Patrimônio proteção aos animais e defesa da Ecologia, a LDZ – Liga de Defesa dos Animais, a SOZED – Sociedade Zoológica Educativa e a APA – Associação Protetora dos Animais, ajuizaram ação

civil pública contra o Estado de Santa Catarina, alegando lesão ao disposto no artigo 225, parágrafo 1º, inciso VII, visando a condenação do Estado de Santa Catarina a proceder a proibição da denominada “ Farra do Boi “.

Embora esta festa seja fato notório, as autoras anexaram diversos documentos comprobatórios não só da crueldade da prática, como também da repercussão negativa no exterior de tal prática.

Na contestação argüiu-se que a “farra do boi” é uma manifestação cultural entranhada em significativa parcela da sociedade, embora seja uma prática intrinsecamente cruel ou violenta, mas o Estado adotou várias iniciativas para coibir os excessos. Anexou cópias de recortes de jornais, relatório final da Comissão de Estudos da Farra do Boi.

O Ministério Público opinou pela procedência da ação, mas o juiz de primeiro grau, embora discorrendo sobre a manifestação folclórica, julgou as autoras carecedoras da ação ante a manifesta impossibilidade jurídica do pedido.

Inconformada, as autoras apelaram, mas o tribunal entendeu ser improcedente o pedido pela inexistência de omissão por parte do Estado na função de prevenir e reprimir os atentados à lei.

O acórdão reconhece que o Estado tem presença marcante na festividade denominada Farra do Boi, através da polícia civil e militar para disciplinar a festa sem maus tratos aos animais. Relata ainda que o Estado requereu o auxílio de cientistas sociais para estudo e solução do problema que se localiza apenas em segmento da população de origem açoriana.

Alerta para o fato de que não se pode confundir essa tradição de origem açoriana conhecida por Tourada à corda ou Boi na Vara, com a violência descriteriosa infringida nos próprios bois.

Dessa forma, não se justifica a proibição dessa manifestação popular desde que mantenha fiel a tradição do Boi na Vara, sem a menor violência aos animais.

O Tribunal de Justiça entende que a prática da “farra do boi” não é necessariamente cruel e violenta e que o poder público estadual não é omissor a essas práticas.

Subindo o recurso ao STF, o Ministro Francisco Rezek, relator, em seu voto comenta que teve que resistir a duas tentações: a) a primeira diz respeito as considerações metajurídicas das prioridades. Pergunta-se por quê em um país de dramas sociais tão pungentes há pessoas preocupando-se com a integridade física ou com a sensibilidade dos animais? Diz que não nos é dado o direito de tentar ridicularizar o pedido, de amesquinhá-lo com esse gênero de argumento. A ação se dirige contra o poder público, no propósito de fazê-lo honrar a Constituição; b) a segunda tentação diz respeito a localização geográfica das autoras, pois estas estão situadas no Estado do Rio de Janeiro e a prática da farra do boi ocorre no Estado de Santa Catarina. A tentação a que o ministro se refere é de desautorizar o pedido porque vêm de uma parte do país onde há prioridades sociais mais urgentes, além do que, na proximidade imediata da “farra do boi”, não faltam pessoas e instituições idôneas para reagir contra eventuais afrontas à Constituição.

Analisa ainda, o acórdão do Tribunal de Justiça que entendeu a prática como uma manifestação cultural e não uma prática cruel ou violenta, e a respeito dos abusos, estes não seriam a regra, e sim exceção.

Entende o Sr Relator que é uma prática abertamente violenta e cruel para com os animais e a Constituição não deseja isso.

Do exposto acima, vota o Relator Ministro Francisco Rezek para prover o RE e julgar procedente a ação civil pública nos termos em que proposta na origem.

O Ministro Maurício Correa em seu voto efetuou as seguintes considerações: relata que não sabe se as Constituições de países como Espanha e Portugal ou de outros países possuem algo semelhante ao inciso VII do artigo 225 de nossa Constituição, porque determinadas práticas lá correntes e não minoritárias como a farra do boi, mas abrangente de quase toda a sociedade, dificilmente poderiam prosseguir na sua existência, pois todos as reconhecem como práticas violentas. Nenhum espanhol nega que a tourada o é.

Relata ainda que teve ocasião de ouvir de um espanhol que o ritual português da tourada é mais cruel porque não se liquida numa única sessão o animal pela morte, mas submete-o ao longo de muitos anos a continuidade dessa prática.

Indaga-se o Ministro Mauricio Correa se seria possível coibir o folclore regional da “farra do boi”, quando a Constituição Federal em seu artigo 215, §1º, assegura que o Estado garantirá os direitos culturais e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais e protegerá as manifestações das culturas populares.? Se por um lado é proibida a submeter os animais à crueldade, por outro garante e protege as manifestações das culturas populares que constituem o patrimônio imaterial do povo brasileiro. Ele entende que não.

Verifica-se que a “farra do boi” é manifestação popular, uma tradição cultural regionalizada e como manifestação cultural há de ser garantida e assegurada pelo Estado. É patrimônio cultural de natureza imaterial do povo e expressa a memória de grupos – os açorianos – formadores da sociedade brasileira.

Entende ainda o Ministro que se há excessos na prática, cumpre ao Estado através do seu poder de polícia exercer sua função repressora, mesmo porque o artigo 64 da lei de contravenção penal estatui que pena passível de prisão simples tratar animais com crueldade.

Pelas razões acima, o Ministro Mauricio Correa não conhece do RE.

Já o Ministro Marco Aurélio em seu voto pontua que ano a ano se constata da crueldade da prática da “Farra do Boi”. Observa que a manifestação cultural deve ser estimulada, mas não a prática cruel.

Em seu voto, acompanha o voto do Relator Francisco Rezek, conhecendo e provendo o recurso.

Efetuando-se uma análise deste caso, verifica-se duas posições divergentes, a primeira do relator que pugna pela procedência da ação civil pública e do outro lado a do Ministro Mauricio Correa que entende não ser possível a procedência de tal ação.

Como se depreende do acórdão acima, temos dois valores constitucionalmente protegido em franca colisão.

Se submetêssemos ao crivo da proporcionalidade veríamos que a medida se adéqua ao primeiro sub-princípio, mas temos dúvida em relação a necessidade de tal medida, e já fazendo um juízo de ponderação, vemos que o nosso próprio ordenamento já têm dispositivos

que poderiam coibir a violência e crueldade, como por exemplo a da lei de contravenção penal. Necessita, isto, sim, um empenho maior por parte das autoridades estaduais na conscientização e repressão para tornar essa manifestação cultural menos violenta e cruel.

Dessa forma, entre estes dois valores em colisão, preferimos ficar com o voto vencido do Ministro Mauricio Correa e fazer preponderar a manifestação cultural em detrimento de aniquilá-la.

Conclusão

Ao concluir este trabalho podemos dizer que o princípio da proporcionalidade com suas máximas de adequação, necessidade e a proporcionalidade no sentido estrito conjuntamente com a utilização da lei de sopesamento é aplicável às situações encontradas no direito privado, especialmente envolvendo normas (no seu sentido amplo) com alto grau de generalidade.

Quando dizemos normas com alto grau de generalidade estamos não só nos referindo aos princípios como também a quaisquer normas com este conteúdo, principalmente quando da aplicação das mesmas advém colisões.

Assim é nos casos envolvendo princípios constitucionais onde por excelência utiliza-se da técnica de ponderação.

Também consolidado está na doutrina que em casos envolvendo particulares onde ambos sejam titulares de direitos fundamentais se aplica a máxima da proporcionalidade realizando-se a ponderação dos bens envolvidos.

Visto que os direitos da personalidade são todos direitos fundamentais, mas o contrário não ocorre, a aplicação da máxima de proporcionalidade decorre diretamente dos primeiros.

Isso nos leva a conclusão de que colisões envolvendo valores existenciais podem ser perfeitamente solucionadas utilizando-se do método da ponderação.

Entendemos também que devido a “semelhança” em grau de generalidade das cláusulas indeterminadas com os princípios, será possível a utilização da ponderação nos casos que envolvam colisões.

Ressalta-se aqui que o método da ponderação envolvendo a máxima de proporcionalidade deve ser utilizada somente no caso de normas de igual hierarquia, quando falhos as soluções convencionais de antinomia.

Ressaltamos no início deste trabalho que a regra da proporcionalidade pouco tem sido utilizada no direito privado e os acórdãos, dos casos envolvendo colisões, analisados pelo Supremo Tribunal Federal, embora exponham claramente a existência de colisões de direito constitucionalmente protegidos, não aplicam a regra da proporcionalidade.

Sem dúvida que o processo de decisão naqueles casos envolveu um raciocínio de sopesamento entre os direitos envolvidos, e sem dúvida seria aplicável no caso de uso da regra de proporcionalidade.

Talvez, o não uso da proporcionalidade pelas nossas Cortes seja por algumas críticas que a proporcionalidade sofra, como por exemplo, ser um critério irracional e subjetivo, ou mesmo por sofrer as mesmas críticas relativas às cláusulas gerais e aos conceitos indeterminados.

É certo que este método sofre várias críticas, todas procedentes, mas não o suficientes para que o abandonemos.

Doutrinadores de peso, como Perlingieri entendem que as cláusulas gerais deixam ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situações de fato. Hart, entende que aquilo que alguns denominam discricionariedade nada mais é do que simplesmente aplicar o direito estabelecido já existente. Teresa Wambier entende que o juiz ao exercer sua discricionariedade, não cria a lei, mas sim cria o direito para o caso.

O problema que surge nas colisões entre direitos tutelados de mesma hierarquia é que não pode ser resolvido pelas formas tradicionais de antinomia das regras em que uma delas desaparece. Direitos tutelados possuem a mesma hierarquia constitucional e, nesses casos a ponderação é inevitável, pois não há alternativa preferível à ponderação dos interesses envolvidos.

Além do que, nenhum processo de decisão, consegue excluir por completo qualquer subjetividade na interpretação e aplicação do direito. Então, simplesmente denominá-los de irracional ou discricionário não tem o poder para evitar a sua utilização.

O que se pode fazer é obter critérios de seleção e valoração para a seleção de fatores relevantes. Tarefa difícil, visto que, apesar de situações envolvendo colisões entre os mesmos direitos ou mesmas situações, as motivações, os interesses, os objetivos das partes envolvidas

podem ser diferentes e não haveria como esquematizar racionalmente critérios uniformes para tais situações.

É trabalho para doutrina e jurisprudência encontrarem e refinarem tais critérios. Mas isso, apesar de dificultar, não invalida a utilização do método.

Mesmo a preocupação mostrada por Ramos ao tratar da questão do ativismo judicial não invalida o método por nós proposto pois, na visão daquele autor, a exacerbação do ativismo, em nosso ordenamento, deve-se mais a um caráter estrutural do nosso sistema jurídico. Acreditamos que como o ativismo refere-se ao exercício da função jurisdicional para além dos limites imposto pelo próprio ordenamento, pouco será afetada pela proporcionalidade.

E mais, em se tratando de um trabalho acadêmico, ousamos dizer que a proporcionalidade ajuda a realizar aquilo que é o fim do direito, ou seja, a justiça. O conceito de justiça é um conceito mutável dependente da evolução, transformação e aspirações de uma sociedade que o direito não acompanha.

Paulo Nader ao fazer uma classificação das leis, denomina algumas de leis anacrônicas e outras de injustas. Anacrônicas por envelhecerem durante a sua vigência e não serem revogadas pelo legislador e as injustas por negarem ao homem o que lhes é devido ou lhes conferirem o indevido. Numa visão estritamente jus-positivistas, essas leis prevaleceriam, tal como aconteceu no caso do aborto do anencefalo. Então a proporcionalidade poderia perfeitamente corrigir a incidência destas leis para trazer a verdadeira justiça.

Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade – perspectiva do direito português*. In MIRANDA, Jorge et. al. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. 7. ed. rev. atual. aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ARAÚJO, Paulo Cesar de. *O Réu e o Rei. Minha história com Roberto Carlos, em detalhes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 7. ed. Coleção Debates: Política. São Paulo: Editora Perspectiva, 2011.
- AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*. In. Estudos e Pareceres de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARBOZA, Heloisa Helena. *Reflexões sobre a autonomia negocial*. In. TEPEDINO, Gustavo. FACHIN, Luiz Edson. Coord. *O direito & O Tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1.995
- BENTES, Hilda Helena Soares. VIEIRA, José Ribas. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. GOMES, Maria Paulina. Coord. *Direitos à Intimidade e à Vida Privada. Laboratório de Análise de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 1º ed. 3. Reimp. Curitiba: Jurua, 2011.
- BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile – Il contratto*. Milano: Dott. Giuffré Editore, 1987.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 6. ed. rev. Por Eduardo C.B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. 2º. Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009.

CACHAPUZ, Maria Claudia. *Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2º Reimpressão. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinta. Coimbra: Almedina, 2009.

CARVALHO, Joana de Moraes Souza Machado. *Colisão de Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2009.

CHIUSI, Tiziana. *A dimensão abrangente do direito privado romano*. In. MONTEIRO, Antonio Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo. *Direitos Fundamentais e direito privado. Uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.

CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Coord. *Direito privado e constituição. Ensaios para uma recomposição valorativa da pessoa e do patrimônio*. Curitiba: Jurua Editora, 2009.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. 4º. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2011.

-----*Tratado de direito civil português: parte geral*. Tomo 3, Pessoas. Coimbra: Almedina, 2004.

COSTA, Judith Martins. *A Boa-Fé no Direito Privado sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed. 2º Tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CUNHA, Alexandre dos Santos. *Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil*. In: MARTINS-COSTA, Judith (org). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.

DIAS, Joaquim José de Barros. *Direito Civil Constitucional*. In LOTUFO, Renan. Coordenador. *Direito civil Constitucional*. Caderno 3. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

DWORKIN, Ronaldo. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo..São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EDMUNDSON, William A. *Uma introdução aos direitos*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fonte,. 2006.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. RYZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica*. In SARLET, Ingo Wolfgang Org.

Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FARIAS, Edilson Pereira. *Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. *Da teoria à Crítica. Princípio da Proporcionalidade; Uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Editora Dictum, 2009.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. *A Interpretação Constitucional e o Princípio da Proporcionalidade*. São Paulo: RCS Editora, 2005.

FILHO, Ruy Alves Henrique. *Direitos fundamentais e processo*. Rio de Janeiro: Renovar. Biblioteca de Teses, 2008.

GAVIAO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GALIZA, Andrea Karla Amaral de. *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*. Editora Forum. Belo Horizonte, 2011.

GALLO, Paolo. *Trattato del Contratto*. Vol 1. La Formazione. Torino: Utet Giuridica , 2010.

GEDIEL, Jose Antonio Peres. *Os Transplantes de órgãos e a tutela de personalidade*. Curitiba: UFPR Tese de Doutorado, 1997.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Dos fatos jurídicos e do negócio jurídico*. In. LOTUFO, Renan . NANNI, Giovanni E. *Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 6. ed. São Paulo: SRS Editora, 2009.

-----, *Dignidade Humana, Princípio da proporcionalidade e Teoria dos Direitos Fundamentais*. In MIRANDA, Jorge. DA SILVA, Marco Antonio Marques. Coord. *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

HENRIQUE FILHO, Ruy Alves Henrique. *Direitos fundamentais e processo*. Rio de Janeiro: Renovar. Biblioteca de Teses, 2008.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

LACERDA, Dennis Otte. *Direitos da personalidade na contemporaneidade. A repactuação Semântica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

LOBO, Paulo. *Os novos princípios contratuais*. In MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Coord. *A construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Nubia Fabris Editora, 2008.

LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*. Vol 1. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

-----Coord. *Sistema e Tópica na Interpretação do Ordenamento*. São Paulo: Editora Manole, 2006.

GROS, Manuel; FROMENT, Jean-Charles. Notes de Jurisprudence(C.E, Ass, 27 octobre 1995, Commune de Morsang-sur-Orge, Ville d'Aix-en-Provence). Paris. *Revue de Droit Public*, Mars-Avril, 1996.

MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*. Coimbra: Edições Almedina, 2005.

-----*Os limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*.Coimbra: Almedina, 2013.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos Fundamentais Indisponíveis: limites e padrões do consentimento para a autolimitação do direito à vida*. In: http://works.bepress.com/leticia_martel/5. 2010. Acesso em 9/04/2014

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MAZUR, Maurício. *A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais*. In, MIRANDA, Jorge. JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues, FRUET, Gustavo Bonato. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MELO, Diogo Leonardo Machado. *Princípios do direito contratual: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo*. In. LOTUFO, Renan. NANNI, Giovanni. E. *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues; FRUET, Gustavo Bonato. Coordenadores. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade*. In Revista Forense. Julho-Agosto-Setembro 1998. Vol 343. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MOREIRA, Vital. *Nos 50 anos da Lei Fundamental alemã*. Brasília: Revista Jurídica Virtual n.2, Jun/1999

MORSELLO, Marco Fábio. *Contratos existenciais e de lucro. Análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos*. In. LOTUFO, Renan. NANNI, Giovanni Ettore. MARTINS, Fernando Rodrigues. (Coord.) *Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2012.

NALIN, Paulo. *Princípios do direito contratual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade*. In. LOTUFO, Renan. NANNI, Giovanni E. *Teoria Geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato. Novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006

NIPPERDEY, Hans Carl. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Waldir Peres. In. HECK, Luís Afonso Org. *Direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

NANNI, Giovanni Ettore. *A capacidade para consentir: uma nova espécie de capacidade negocial*. IDP – Instituto de Direito Privado. Vol. 96. Set/Out 2011, p. 28-29

NOGUEIRA, Nilza Aparecida Ramos. *Cláusulas abertas na lei processual e discricionariedade judicial*. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pelo Constituição*. 2. ed. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010.

NOVELINO, Marcelo. Org. *Leituras complementares de constitucional: Direitos humanos e Direitos fundamentais*. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

NUNES, Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade Humana. Doutrina e Jurisprudência*. 3.. ed. Rev. e Amp. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Elsa Dias. *Da Responsabilidade Civil Extracontratual por Violação de Direitos de Personalidade em Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina, 2011.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *O direito geral de personalidade e a solução do dissentimento: Ensaio sobre um caso de constitucionalização do direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

PAULA, Felipe de. *A (de)limitação dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. *A capacidade para consentir: um novo ramo da capacidade jurídica*. In: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 da reforma de 1977: Vol II. A parte geral do código e a teoria geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

POPP, Carlyle. *A eficácia externa dos negócios jurídicos*. In LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni. E. *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

PULIDO, Carlos Bernal. In. *O direito dos direitos*. São Paulo: Marcial Pons Editora do Brasil Ltda, 2013.

RODOTÀ, Stefano; ZATTI, Paolo. *Trattato di Biodiritto. I diritti in Medicina*. Milano: Giuffrè Editore, 2011.

RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância. A privacidade hoje*. Trad. Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos*. 1. ed. 3º Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSENVALD, Nelson. *Da interpretação no Negócio Jurídico*. In LOTUFO, Renan. NANNI, Giovanni Ettore. Coordenadores. *Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Org. *Constituição, Direitos fundamentais e direito privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

-----, *A influência dos direitos fundamentais no direito privado: notas sobre a evolução brasileira*. In GRUNDMANN, Stefan et al. Coord. *Direito Privado, Constituição e Fronteiras*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, George Salomão. Org. *Direitos fundamentais e Biotecnologia*. São Paulo: Editora Método, 2008.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Direitos da Personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Coodernador. *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade. De acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1.988 e o Código Civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais. n. 798, p. 23-50, 2002.

_____.Org. *Interpretação Constitucional*. 1. ed. 3º Tiragem. SP:Malheiros, 2010.

STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quiser*. BH: Del Rey Editora, 2010.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra. Coimbra, 1995.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: RT, 1993.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. *Situações jurídicas dúplices: Controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade*. In. TEPEDINO, Gustavo; FACCHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

----- Org. *Direito civil contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

UNIVERSITY OF MINNESOTA. Human Rights Library. Communication 854/1999, U. N. Doc. CCPR/C/75/854/1999(2002). <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/854-1999.html>. Acesso em 23/12/2013.

_____http://www1.umn.edu_humanrts_undocs_854-1999.pdf. Acesso em 23/12/2013;

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VILELA, João Baptista. *O novo código civil brasileiro e o direito à recusa de tratamento médico*. Modena. Roma e America. Diritto Romano Comune. n.16, 2003. p 57

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Saraiva, 2011.

WARREN, Samuel D, BRANDEIS, Louis. *The Right of privacy*. Harvard Law Review. Vol. IV, December 15, 1890, n. 5 In
<http://www.english.illinois.edu/people/faculty/debaron/582/582%20readings/right%20to%20privacy.pdf>. Acesso em 10/02/2014.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Saraiva, 2011.