

CRISTHIAN MAGNUS DE MARCO

GERSON LUIZ CARLOS BRANCO

JORGE EDUARDO HOFFMANN

Série

Direitos Fundamentais Cíveis

*Relações Privadas, Autonomia e Dignidade na
Perspectiva Dogmática dos Direitos Fundamentais*



CRISTHIAN MAGNUS DE MARCO

GERSON LUIZ CARLOS BRANCO

JORGE EDUARDO HOFFMANN

ISBN 978-85-8422-063-2

Série

Direitos Fundamentais Civis

*Relações Privadas, Autonomia e Dignidade na
Perspectiva Dogmática dos Direitos Fundamentais*

Editora Unoesc

Coordenação

Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva

Revisão metodológica: Talita Varella da Silva

Projeto Gráfico: Simone Dal Moro

Capa: Daniely A. Terao Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

D279r De Marco, Cristhian Magnus.
Relações privadas, autonomia e dignidade na perspectiva dogmática dos direitos fundamentais / Cristhian Magnus De Marco, Gerson Luiz Carlos Branco, Jorge Eduardo Hoffmann. - Joaçaba: Editora Unoesc, 2016. - (Série Direitos Fundamentais Cíveis) 60 p. ; il. ; 23 cm.

ISBN 978-85-8422-063-2

1. Direitos fundamentais. 2. Dignidade. 3. Princípio da autonomia privada. I. Branco, Gerson Luiz Carlos. II. Hoffmann, Jorge Eduardo. III. Título. IV. Série.

Doris 341.27

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor

Aristides Cimadon

Vice-reitores de *Campi*

Campus de Chapecó

Ricardo Antonio De Marco

Campus de São Miguel do Oeste

Vitor Carlos D'Agostini

Campus de Videira

Antonio Carlos de Souza

Campus de Xanxerê

Genesio Téo

Pró-reitor de Graduação

Ricardo Marcelo de Menezes

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão

Fábio Lazzarotti

Diretor Executivo da Reitoria

Alciomar Marin

Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti

Débora Diersmann Silva Pereira

Andréa Jaqueline Prates Ribeiro

Glauber Wagner

Eliane Salete Filipim

Carlos Luiz Strapazzon

Marilda Pasqual Schneider

Claudio Luiz Orço

Maria Rita Nogueira

Daniele Cristine Beuron

Comissão Científica

Riva Sobrado de Freitas (Unoesc, Brasil)

Guido Smorto (Palermo, Italia)

Simone Pajno (Palermo, Italia)

Miguel Ángel Aparicio Pérez (Barcelona, UAB)

Rosalice Fidalgo Pinheiro (Unibrasil, Brasil)

Daury Cezar Fabriz (FDV, Brasil)

Ingo Wolfgang Sarlet (PUC-RS)

Pedro Grandez (PUC-Lima, Peru)

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
--------------------	---

PROJETO DE PESQUISA: ESPAÇO PÚBLICO E SUBJETIVIDADES: AUTONOMIA PRIVADA, DIREITOS DA PERSONALIDADE, VIDA PRIVADA E DIREITO À IMAGEM	7
--	----------

Gerson Luiz Carlos Branco, Cristhian Magnus De Marco

1 INTRODUÇÃO, JUSTIFICATIVA E PRESSUPOSTOS TEÓRICOS.....	9
---	---

2 DO PROBLEMA DA PESQUISA	19
---------------------------------	----

3 DAS HIPÓTESES DA PESQUISA.....	20
----------------------------------	----

4 DOS OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	20
----------------------------------	----

5 DOS PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS	21
---	----

6 MECANISMOS DE TRANSFERÊNCIA DOS RESULTADOS ESPERADOS PARA A SOCIEDADE.....	22
---	----

7 INTERCÂMBIOS.....	22
---------------------	----

REFERÊNCIAS.....	23
------------------	----

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO E DETERMINÁVEL	27
---	-----------

Jorge Eduardo Hoffmann, Cristhian Magnus De Marco

1 INTRODUÇÃO	29
--------------------	----

2 OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	32
3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO	37
4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CONCEITO JURÍDICO DETERMINÁVEL	39
5 CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS.....	47

AUTONOMIA PRIVADA COMO CONDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO DOS DIREITOS DE LIBERDADE.....	49
Jorge Eduardo Hoffmann, Cristhian Magnus De Marco	

1 INTRODUÇÃO	51
2 MÉTODOS.....	51
3 RESULTADOS	52
4 DISCUSSÃO	52
5 CONCLUSÕES	57
REFERÊNCIAS.....	58

APRESENTAÇÃO

O presente livreto tem por objetivo, em primeiro plano, fornecer aos mestrados do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina - PPGD/Unoesc, acesso facilitado ao projeto de pesquisa: “Espaço Público e Subjetividades: autonomia privada, direitos da personalidade, vida privada e direito à imagem”. O documento foi denominado abaixo de “texto n. 1”, e adaptado do seu formato original para que se adequasse às finalidades desta publicação. Assim, algumas seções do projeto original foram retiradas, tais como: cronograma, financiamento e outros.

A edição deste e-book proporciona, também, uma divulgação mais ampla dos pressupostos epistemológicos que norteiam a pesquisa realizada no âmbito deste projeto. Além disso, a medida visa facilitar que, tanto os candidatos ao Mestrado em Direito da Unoesc, quanto os ingressantes, possam conhecer antecipadamente algumas das bibliografias e as hipóteses de pesquisa com as quais trabalhamos na disciplina “Espaço Público e Subjetividades”.

O segundo texto deste livro, acerca da “dignidade da pessoa humana como conceito jurídico indeterminado e determinável”, já é fruto de pesquisas produzidas a partir do mencionado projeto. O texto foi submetido a debate público em grupo de trabalho especializado e posteriormente publicado nos anais do evento “Unoesc International Legal Seminar”, em 2014.

O terceiro texto também decorre do projeto de pesquisa “Espaço Público e Subjetividades”. Apresenta pesquisa jurisprudencial sobre a “autonomia privada como condição para

o exercício dos direitos de liberdade” propondo-se a cumprir a principal diretriz metodológica do PPGD/Unoesc, ou seja, enfatizar a resolução de problemas jurídicos concretos. Desejamos uma ótima leitura a todos!

Capítulo I

*Espaço Público e Subjetividades: autonomia privada,
direitos da personalidade, vida privada e direito à imagem*

Gerson Luiz Carlos Branco

Cristhian Magnus De Marco

1 INTRODUÇÃO, JUSTIFICATIVA E PRESSUPOSTOS TEÓRICOS

Em consonância com a linha de pesquisa, este projeto é desenvolvido a partir de uma base teórica construída em duas áreas distintas do conhecimento jurídico. A primeira é a Teoria dos Direitos Fundamentais, especialmente a partir da discussão a respeito da sua eficácia horizontal. A segunda é um forte debate ocorrido no âmbito do Direito Privado brasileiro a respeito da renovação ou até mesmo da sua reconstrução a partir de uma compreensão adequada aos princípios constitucionais norteadores e conformadores da vida social.

Entre essas áreas há um ponto de contato e ao mesmo tempo uma lacuna. O ponto de contato é a sua influência contínua e recíproca sobre o espaço público, compreendido como lugar de desenvolvimento e realização das subjetividades. A lacuna está na carência de análises sólidas a respeito da eficácia dos Direitos Fundamentais e dos métodos de aplicação nas hipóteses concretas, nos novos conflitos surgidos no âmbito da vida social contemporânea.

Em especial o projeto toma como centro de sua investigação aqueles direitos fundamentais mais sensíveis à discussão sobre a eficácia, que são autonomia privada, os direitos da personalidade, a vida privada e o direito à imagem, direitos que são objeto de constantes decisões judiciais tratando sobre a colisão de valores e de posições jurídicas, sendo campo fértil para a investigação dos aspectos materiais e eficaciais envolvidos no processo de aplicação e ponderação tão caros para a Teoria dos Direitos Fundamentais.

Embora a jurisprudência brasileira tenha iniciado a aplicação dos Direitos Fundamentais em matérias como o tra-

dicional conflito entre o direito a informação e a proteção da vida privada, a eficácia desses direitos depende de uma análise e uma integração com o que a tradição costumou chamar de “dogmática de Direito Privado”.

É claro que o tempo dos «dogmas» e dos «axiomas» já está superado e é contraditório «dogmatizar» o Direito Privado no sentido de aprisioná-lo com os axiomas construídos pelos princípios da escola da exegese francesa que tanto castigou nosso Direito Civil no curso do século XX, assim como está superada a concepção de uma dogmática “valorativamente neutra” (LARENZ, 1997, p. 313). Mas é preciso dar “densidade dogmática” à teoria dos Direitos Fundamentais.

Dogmática aqui compreendida não como “trabalho valorativamente neutro” ou de atividade para “formação de conceitos passíveis de subsunção”, mas como trabalho cuja importância para descrição de tipos em que a interpretação de conteúdos de regulação são operados a partir de “pontos de vista teleológicos” e, portanto, tendentes a realização dos valores superiores previstos pelo ordenamento, o que é essencial para a realização e sedimentação dos direitos fundamentais estruturados sob a forma de pautas gerais de valoração.¹

Não há lugar mais fértil para esse debate que o “Espaço Público e Subjetividades (autonomia privada, direitos da personalidade, vida privada e direito à imagem)”, tema esco-

¹ Larenz, Op cit., p. 319: “É de resto problemático se o termo «dogmática» é ainda apropriado em relação a uma Jurisprudência teórica que está aberta a novas questões e que se compreende a si mesma, não como inferência lógica de premissas estáveis, mas como pensamento compreensivo e orientado a valores. [...] Pode designar também uma atividade que consiste na desenvolvimento de conceitos determinado pelo conteúdo, no preenchimento adicional de princípios e na recondução de normas e e complexos normativos a esses conceitos fundamentais e a princípios.”

lhido para este projeto de pesquisa justamente em razão da necessidade de reconstrução desses temas em um novo contexto jurídico, contextualizando a problemática que lhe é inerente no momento histórico e social contemporâneo.

Desde já se esclarece que contemporaneamente o *espaço público* não pode mais ser compreendido unicamente como espaço institucional e normativo em oposição a uma esfera privada livre de qualquer regulamentação e despida de funções políticas, jurídicas e administrativas, tal como a concepção liberal tão bem descrita por Habermas (1984 p. 93-94).

No espaço público não se realiza somente a política institucional com o objetivo de definir a normatividade estatal, mas também um espaço de conectividade entre os particulares, cujo comportamento não é regulado unicamente pelas regras do mercado, mas por princípios de convivência social em que o respeito ao outro e à própria ordem social constituem-se em elementos chave para a ordenação e conformação do Direito Privado contemporâneo (MICHELON, 2010).

E, nesse espaço, a baixa concretude dos princípios constitucionais e dos Direitos Fundamentais e uma regulamentação incipiente dos Direitos da Personalidade pelo legislador ordinário (em especial no Código Civil), torna-se essencial o aprofundamento da investigação sobre a eficácia dos direitos fundamentais objeto deste projeto de pesquisa.

A questão, diferentemente do que se pode pensar em um primeiro momento, não diz respeito à “aplicabilidade dos Direitos Fundamentais” no espaço público e nos espaços de desenvolvimento e colisão de subjetividades, mas sim sobre *como aplicar* a normatividade vigente norteadas pela principiologia dos Direitos Fundamentais, para o fim de alcançar a sua eficácia plena.

Como já mencionou Tepedino (2003-2004, p. 174) “o desafio do jurista de hoje consiste precisamente na harmonização das fontes normativas, a partir dos valores e princípios constitucionais”, ao comentar sobre a necessidade de um “esforço hermenêutico” para a aplicação do Código Civil vigente, o qual “deve ser interpretado à luz da Constituição, seja em obediência às escolhas político-jurídicas do constituinte, seja em favor da proteção da dignidade da pessoa humana, princípio fundante do ordenamento.”

Por outro lado, tem-se uma nova realidade em que o “espaço público” compreendido tradicionalmente como lugar da política e da opinião pública, passa a ser compreendido como um espaço de subjetividades, não somente pela transformação jurídica ocorrida, mas também pela tecnologia da informação: “As tecnologias de comunicação têm uma função central neste processo, pois elas oferecem uma cena pública para as experiências privadas e afirmam-se como instâncias de legitimação social do íntimo.” (BRUNO, 2005).

O estudo dos Direitos da Personalidade tem como ponto de partida a autodeterminação, a autonomia privada, a vida privada e a proteção da imagem, como modelos jurídicos do Direito Privado recepcionados no texto constitucional em estreita conexão com a liberdade e a responsabilidade civil, direitos fundamentais que possuem estreita conexão em face da necessidade de sua ponderação e dos constantes conflitos que ocorrem na vida social resultantes do exercício muitas vezes abusivo de tais direitos.

A matéria exige estudo em razão da falta de uma menção expressa ao Direito Fundamental à autodeterminação, sendo necessária a construção dogmática do regime diferenciado

de responsabilidade civil decorrente dos atos de autodeterminação, autonomia privada, liberdade contratual e liberdade de iniciativa, para que se possa estabelecer os parâmetros da atuação judicial na colisão e aplicação dos direitos fundamentais na sua perspectiva horizontal, principalmente quando está em jogo a proteção da pessoa, de sua imagem e vida privada.

Deve-se inicialmente separar o poder geral de autodeterminação da autonomia privada, em razão da diversidade de ângulos de cada um destes poderes privados. Embora possuam relação umbilical, não podem ser confundidos, pois enquanto o poder geral de autodeterminação diz com a liberdade da pessoa em decidir o seu destino, conforme suas preferências, a autonomia privada trata da liberdade de autovinculação, de constituição de relações jurídicas a partir de atos autônomos e não heterônomos². O poder de autovincular-se decorre do poder de autodeterminação, pois não se pode negar que o destino das pessoas também passa pelos contratos que celebram.

A liberdade de contratar diz respeito à autovinculação e, portanto, refere-se à autonomia privada.

A matéria precisa deixar de ser tratada como decorrência única da liberdade de iniciativa econômica prevista no artigo 170 da Constituição Federal, mas como efeito direito e imediato da personalidade da pessoa natural, cuja dignidade é preceito fundamental em nossa ordem constitucional.

² Sobre a problemática dos limites entre autodeterminação e autonomia privada, ver Ribeiro (2003, p. 21 e ss). A diferença marcada pelo autor português pode ser sintetizada na natureza instrumental da conexão entre os dois conceitos: “a autonomia privada relaciona-se com a autodeterminação como um meio para o seu fim (um dos seus fins) [...] a autonomia privada não é uma componente da autodeterminação, mas apenas uma técnica de criação jurídica ajustada à autodeterminação.”

A autonomia privada não está associada somente ao “mercado” e à atividade econômica, mas fundamentalmente à autodeterminação e ao princípio da dignidade da pessoa. A autonomia privada tem uma função social a cumprir e “se a atividade jurídica negocial é instrumental da actividade econômica, ela não a esgota nem se confunde com ela”. Enquanto a atividade negocial é autorregulação e autocomposição individualizada, com eficácia limitada e particular, a liberdade de iniciativa econômica diz respeito a uma série de atos e operações orientados para determinado fim, entre os quais estão os atos negociais. Ou seja, a liberdade de iniciativa é mais ampla do que a liberdade contratual, pois compreende uma série de atos que não têm natureza contratual, mas eminentemente econômica (PRATA, 1982, p. 197-199).

Embora se possa parecer estranho tratar da ‘imagem’ sob o ponto de vista da liberdade de exercício das atividades econômicas, não se pode ignorar que além do mercado publicitário há muitos mecanismos de “comercialização da imagem”. E, nesse âmbito, a imagem da pessoa e os outros atributos da personalidade que lhe são conexos não podem ser considerados como *mercadoria*, pois seja nos casos de uso indevido da imagem ou da interpretação de um contrato que trata sobre o uso regular, os valores e os princípios que devem nortear uma decisão judicial ditados pela dignidade da pessoa.

Nesse contexto, é preciso uma nova interpretação sobre os atos de autonomia praticados no espaço público. Amaral (1988, p. 12) afirma que a autonomia privada tem como pressuposto a liberdade individual e que esta consiste filosoficamente como ausência de condicionamentos materiais e sociais. Sob o ponto de vista jurídico está relacionada à possibilidade de

fazer ou não, segundo o arbítrio do sujeito, tudo o que não for ordenado ou proibido por lei. “A liberdade consiste, portanto, sob o ponto de vista jurídico, em uma faculdade de optar entre o exercício e o não exercício de seus direitos subjetivos.”³

Todavia, o sentido de liberdade precisa ser analisado sob outro ângulo. Primeiro, a concepção filosófica de liberdade que foi construída a partir do pensamento de Grotius e que baseou a elaboração do conceito de contrato não está relacionada com a existência de limites de ação, mas com a liberdade da razão. Os atos de autonomia resultam em obrigações e não em liberdade. Reale (2000, p. 25 e 26) afirma que a liberdade, se pudesse ser representada graficamente, seria composta por duas coordenadas (liberdade pública e liberdade privada), “coordenadas essas que se cruzam no ponto em que se situa o valor central da ‘pessoa humana’, sendo impossível sem elas determinar qualquer das garantias devidas aos indivíduos e aos grupos.”⁴

Ou seja, a liberdade na concepção do redator do Código Civil foi estruturada de maneira distinta, sem que se possa compreendê-la como “redoma” dentro da qual os particulares podem agir. A liberdade é indissociável da socialidade inerente a sua instituição como fenômeno próprio da *polis*. Evidentemente que não se trata de uma liberdade que é projeção da personali-

³ No mesmo sentido, mas sob uma ótica da proteção da dignidade humana, Bodin de Moraes (2006, p. 138): [...] O princípio da liberdade individual se consubstancia, hoje, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de livre exercício da vida privada. Liberdade significa, cada vez mais, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, mais, o próprio projeto de vida, exercendo-o como melhor convier.

⁴ Reale (2000) afirma que a liberdade política na cultura helênico-romana era o “exercício coletivo da liberdade”, a condição de participar do Estado, enquanto a liberdade privada era um fato, embora sem que houvesse “garantias jurídicas” para sua realização. Essa falta de correspondência entre as duas liberdades deve-se, segundo Reale, a ausência de reconhecimento do “homem como pessoa”.

dade primordial do Estado, mas uma projeção da personalidade do homem, que vive em sociedade (REALE, 2000, p. 27).⁵

Considerando a recorrente sentença de que “o Código Civil é a Constituição do homem comum”, é indispensável o exame da função social na sua perspectiva constitucional, tendo em vista a afirmação de que a constitucionalização do Direito Civil transformou-o em “Direito Constitucional aplicado”, pois nele se detecta o projeto de vida em comum que a Constituição impõe (LOBO, 1999, p. 100).

Essa consideração precisa ser contextualizada no sentido de que embora a constitucionalização do Direito Civil possa ter renovado seus valores e princípios, as estruturas construídas pela tradição ao longo da história continuam presas a modelos que não podem simplesmente ser abandonados, mas ser interpretados numa nova perspectiva. Exemplo disso diz respeito à não caracterização “exata” dos efeitos da personalidade como direitos subjetivos, que são extremamente úteis em razão dos mecanismos de proteção jurídica que o ordenamento concede ao direito subjetivo. Por isso, inclusive, são discutíveis as críticas apresentadas por Luiz Edson Fachin ao Código Civil, por ter ele reproduzido uma parte geral tal qual o Código Civil de 1916, na esteira da tradição da pandectística alemã. A principal razão da impertinência da crítica está justamente no problema decorrente da estrutura processual e nos mecanismos jurídicos que garantem a efetividade dos direitos, todos voltados à pro-

⁵ Reale (2000, p. 27) coloca: “Não basta, em verdade, atingir-se a idéia de pessoa; necessário é que seja ela convertida no valor-fonte de todos os valores jurídicos, subordinando a si o conceito de cidadania, tendo a liberdade como sua projeção natural imediata, liberdade que não se biparte em *política e civil*, mas apenas se desenvolve em momentos que se integram substancialmente na unidade ética irreduzível de cada pessoa valorada em si mesma e em razão das demais pessoas.”

teção dos direitos subjetivos, efeitos da velha relação jurídica, adjetivada por Fachin e Ruzyk (2006, p. 89-106) como excludente, ideológica e abstracionista.

O equívoco está na confusão entre o que é discurso ideológico e na própria identificação dos pressupostos históricos da construção das ordens jurídicas modernas, todas edificadas, essencialmente, sobre direitos subjetivos, e, portanto, sobre a estrutura da relação jurídica. Falta a compreensão da análise histórica apresentada por Habermas (2001, p. 144-149), segundo o qual não há direito sem a autonomia privada das pessoas naturais:

[...] sem os direitos clássicos à liberdade, particularmente sem o direito fundamental às liberdades de ação subjetivas iguais, também não haveria um meio para a institucionalização jurídica daquelas condições sob as quais os cidadãos podem participar na práxis de autodeterminação⁶.

Tanto o Direito Subjetivo como a autonomia privada possuem um aparato técnico-jurídico de natureza material e adjetiva que precisa ser voltado para a proteção da pessoa, pois tais ‘modelos jurídicos’ foram relevantes para assegurar os direitos fundamentais de primeira geração, sendo indispensável

⁶ Habermas (2001, p. 156). “[...] Direitos subjetivos são uma espécie de capa protetora para a condução da vida privada das pessoas individuais, mas em um duplo sentido: eles protegem não apenas a perseguição escrupulosa de um modelo de vida ético, mas também uma orientação pelas preferências próprias de cada um, livre de considerações morais. Essa forma do direito adapta-se às exigências funcionais das sociedades econômicas que dependem das decisões descentralizadas de inúmeros atores independentes.”

a sua estrutura para que tanto a imagem da pessoa, sua vida privada e intimidade sejam protegidas (AMARAL, 1988, p. 198).

A proteção da vida privada e da intimidade e o seu tradicional conflito com a liberdade de informação precisará ser enfrentada sob essa perspectiva, tendo sempre a pessoa e os direitos da personalidade como centro valorativo e reitor da normatividade vigente, não podendo a liberdade ser considerada de maneira antagônica a proteção da pessoa, pois ambos fazem parte do princípio constitucional que determina a preservação da dignidade da pessoa.

Quando se fala dos limites à liberdade se está tratando de limites ao exercício dos direitos que decorrem da personalidade, tendo em vista que a autonomia privada a autodeterminação são espaços de liberdade de atuação da personalidade (PINTO, 2006, p. 379)⁷. Isso, por sua vez, não provoca qualquer ruptura no sistema de proteção constitucional da pessoa, porque a personalidade como atributo para aquisição de direitos e obrigações é protegida e não sofre limites: o “exercício” dos direitos e poderes que emanam da personalidade não põe em questão o “valor”, o “âmbito de proteção” da pessoa, mas sim o “alcance”, o “âmbito de garantia efetiva” dos direitos que emanam da personalidade (CANOTILHO, 2006, p. 346 e ss).

Nesse plano de análise a ausência de liberdade é caracterizada pela escolha no limite da renúncia à prática de um ato (exercício de um direito, celebração de um ato ou contrato) quando não há tutela mínima dos interesses e quando as alter-

⁷ Pinto (2006, p. 379): “[...] A autonomia privada, e, em particular a liberdade contratual, para além de ser um princípio fundamental do direito civil, é também objeto de protecção constitucional [...] como um dos aspectos protegidos no quadro da liberdade geral de acção que é uma das dimensões do direito ao desenvolvimento da personalidade.”

nativas postas não são exigíveis de um sujeito tipo. Somente é caracterizada a liberdade e a autodeterminação quando os sacrifícios a estas são exigíveis em relação aos fins que se busca por meio do ato praticado (CANOTILHO, 2006, p. 46).

É na relação entre autodeterminação, possibilidade de realização pessoal e proteção constitucional dos valores que estão por detrás da autonomia e autodeterminação que se opera a vinculação entre os atos da vida privada e a personalidade (com a conseqüente proteção da imagem, honra e intimidade), caminho pelo qual será conduzida a investigação apresentada neste projeto de pesquisa.

2 DO PROBLEMA DA PESQUISA

O problema central da pesquisa é a realização da integração da Teoria dos Direitos Fundamentais com a aplicação concreta das regras do Direito Privado, com o objetivo de ampliar a densidade dogmática do regime dos Direitos Fundamentais que são objeto do projeto (autonomia privada, direitos da personalidade, vida privada e direito à imagem) às relações intersubjetivas. Embora o debate sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais esteja relativamente desenvolvido, a perspectiva teórica não é suficiente para a realização e eficácia da proteção dos direitos da personalidade, tampouco para compreender a extensão da autonomia privada e seus consectários, razão pela qual é preciso entender como se dá tal eficácia a partir do estudo de casos concretos provenientes das “relações intersubjetivas no seio da vida social”.

3 DAS HIPÓTESES DA PESQUISA

As hipóteses da pesquisa, conforme já apresentado na justificativa, são:

- a) a eficácia horizontal dos direitos fundamentais tem exigido *densificação dogmática* para sua aplicação no Direito Privado;
- b) o espaço público é espaço de conectividade entre os particulares, regido por princípios constitucionais que tem como norte normativo a proteção da dignidade da pessoa, sua vida privada e imagem;
- c) a baixa concretude dos princípios constitucionais e regulamentação incipiente dos direitos da personalidade exige investigação científica para reconstrução do Direito Privado nessa perspectiva, em especial no que respeita aos pontos centrais do projeto, que são a autonomia privada, direitos da personalidade, proteção da vida privada, e imagem;
- d) liberdade contratual, autonomia privada e autodeterminação, assim como o seu regime de responsabilidade precisam ser tratados e considerados na perspectiva de uma ordem social e constitucional que têm como centro a proteção da dignidade da pessoa.

4 DOS OBJETIVOS ESPECÍFICOS

O objetivo dessa pesquisa é estudar um conjunto de casos em que o problema central da pesquisa está vinculado,

bem como contribuir para construir uma análise normativa e conceitual para compreensão dos seguintes temas:

1. hipóteses e limites da eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais nas relações intersubjetivas;
2. autodeterminação e autonomia privada interpretadas a partir dos Direitos Fundamentais;
3. colisão de efeitos dos direitos fundamentais no espaço público;
4. espaço público e proteção da vida privada e intimidade;
5. liberdade econômica, liberdade de iniciativa e proteção da pessoa no mercado de consumo;
6. realização de estudos de caso envolvendo os seguintes temas:
 - a) limites da autonomia privada;
 - b) proteção de direitos da personalidade;
 - c) direito à privacidade e intimidade;
 - d) proteção da honra e imagem da pessoa;
 - e) funcionalização de direitos no espaço público;
 - f) atos de autodeterminação e vinculação jurídica.

5 DOS PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O método de coleta de dados será adequado à metodologia de pesquisa para a ciência jurídica. Em primeiro lugar serão escolhidos os subtemas a serem objeto da pesquisa, para depois ser elaborado o plano de execução desses subtemas.

A pesquisa deverá ser elaborada utilizando-se fundamentalmente da análise de casos, mediante investigação jurisprudencial, para que a partir da problemática concreta desenvolva-se a pesquisa doutrinária sobre a teoria dos direitos fundamentais, com o objetivo de construção dos parâmetros para a sua aplicação e efetividade.

Todo o material lido deverá ser fichado e devidamente catalogado, para posterior redação e execução da pesquisa.

A abordagem terá uma perspectiva histórica e crítica, procurando dar tratamento localizado no tempo à matéria objeto do estudo, visando alcançar os objetivos acima apresentados.

6 MECANISMOS DE TRANSFERÊNCIA DOS RESULTADOS ESPERADOS PARA A SOCIEDADE

Este projeto de pesquisa foi desenvolvido em consonância com as Linhas de Pesquisa adotadas pela Unoesc, atendendo ao público discente e docente da instituição. Estes grupos deverão se beneficiar diretamente com o processo e o produto final do trabalho, pois serve e servirá de subsídio para o desenvolvimento de ações e novas pesquisas junto aos órgãos e organizações que enfrentam esta temática.

7 INTERCÂMBIOS

Os intercâmbios e interfaces que o projeto pretende manter são: (1) com o Curso de Direito da Unoesc e os Cursos de Pós-graduação Lato e Stricto Sensu em Direito que a instituição já mantém, estando disponível para consultas e trabalhos na área para os alunos de graduação e pós-graduação; (2) parceiros públicos e privados que desejem participar destas atividades.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado do. Projeto do Código Civil. As obrigações e os contratos. *Revista dos Tribunais*, n. 775, p. 18-31, maio de 2000, ano 89,

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

AMARAL, Francisco. A Autonomia Privada Como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica. Perspectivas Estrutural e Funcional. *Revista de Direito Civil*, n. 46, p. 7-26, 1988.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. “Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual”. In: Estudos e pareceres de Direito Privado - Com remissões ao novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

BÉO, Cíntia Regina. *Contratos*. São Paulo: Harbra, 2004.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista de Direito Civil*, v. 25, p. 21-30, 1993.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo (Org.). et al. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 12, p. 169-225, 2002.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função Social dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. A intimidade e a vida privada no novo Código Civil brasileiro. Uma leitura orientada no Discurso Jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo (Org.). et al. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 346 e ss.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo (Org.). et al. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo (Org.). et al. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GABRIELLI, Enrico. Appunti su Diritti Soggettivi, Interessi Legittimi, Interessi Colletivi. *Rivista del Diritto e Procedura Civile*, n. 4, p. 974 e ss, out./dez. 1984.

HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos - Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência Jurídica*. Lisboa: Fundação Kalouste Gulbenkian, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, DF: Senado Federal, n. 141, jan./mar. 1999.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Razonamiento Judicial. Fundamentos de Derecho Privado*. Lima: Grijley, 2006.

MACEDO JÚNIOR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionias e defesa do consumidor*. São Paulo, Max Limonad, 1998.

MACNEIL, Ian; CAMPBELL, David. *The relational theory of contract: selected works of Ian Macneil*. London, Sweet & Maxwell, 2001.

MACNEIL, Ian. *O Novo Contrato Social*. São Paulo: Campus Elsevier, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith e Outros. *A reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

McKENDRICK, Ewan. *Contract Law - text, cases and materials*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Escritos Vários Sobre Direitos Fundamentais*. São João do Estoril: Principia, 2006.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

MOTA PINTO, Paulo. Autonomia Privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo (Org.). et al. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

REALE, Miguel. Liberdade antiga e liberdade moderna. In: REALE, Miguel. *Horizontes do Direito e da História*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 2003.

SARLET, Ingo (Org.). *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

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

TEPEDINO, Gustavo. *Normas Constitucionais e Direito Civil*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano 4, n. 4 e Ano 5, n. 5, 2003-2004.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. Les conditions de La responsabilité. In: GHESTIN, Jacques. *Traité de droit civil*. Ed. Paris: LGDJ, 2006.

Capítulo II

A Dignidade da Pessoa Humana como Conceito Jurídico Indeterminado e Determinável

*Jorge Eduardo Hoffmann
Cristhian Magnus De Marco*

1 INTRODUÇÃO

Dar precisão à terminologia utilizada pelo direito é pretensão inesgotável na evolução da Ciência Jurídica. Este artigo não pretende concluir esta tarefa, até porque talvez isso seja impossível e provavelmente a razão de ser da hermenêutica. Sem termos equívocos, as nuances interpretativas perderiam sentido e a aplicação das normas jurídicas seria uma atividade afeita às ciências exatas.

No entanto, a todo momento os homens debatem-se para saber qual o sentido da norma, qual a intenção do legislador, qual a solução correta a ser dada aos conflitos diante da aplicação do texto normativo aos mais variados casos concretos. Esta atividade interminável, e em constante evolução, sempre tem início no cotejo de uma situação fática com uma norma. E aqui não se desconhece a possibilidade do costume ou de tradições normatizarem as mais variadas atividades humanas. Neste caso, o costume é a norma, o que torna possível o raciocínio mesmo para aqueles ambientes normatizados que dispensam a palavra escrita. Não dispensam, contudo, a palavra. Daí porque, doravante, serão utilizados termos mais usuais ao trabalho com a palavra escrita, mas que podem ser aplicados à palavra falada, desde que concebidos neste contexto, tais como “texto”, “leitura” e “leitor”, que poderiam ser substituídos por “som”, “audição” e “ouvinte”.

E pelo menos nas sociedades em que a vontade do indivíduo que detinha o poder foi substituída pela vontade da comunidade, seja diretamente, seja representada por um parlamento ou por um líder que exerce o poder em nome da coletividade, aí variando os níveis de qualidade, legitimidade e

representatividade desse poder, o fato é que a norma jurídica não chega aos seus destinatários “pronta para uso.” A norma nem sempre funciona como um manual de instruções lógico, acabado e de cuja aplicação decorre o resultado esperado por todos que a acessam.

Há que se interpretar a norma. Transformar o texto em ato requer uma adaptação da norma ao fato da vida que se observa, manipula e altera sob a vontade dos seres humanos. Esta atividade começa, já se disse, pela observância do fato e análise da norma, com vistas a verificar se há e qual é sua incidência em dada situação.

Essa leitura não pode descurar do fato de que, na lição de Reale (2000, p. 281), a norma é “realidade morfológica e sintática”, havendo que estudá-la sob aspecto gramatical. Reale não desprezava a interpretação sistemática, lógica, teleológica ou histórico-evolutiva, mas chamava atenção para a necessidade de se iniciar a atividade hermenêutica pelo elementar, que é dar sentido, valor, às palavras.

Toda norma tem um significado primeiro, que é dado imediatamente pela leitura das palavras. As palavras são signos que o homem utiliza para representar ideias, pois as palavras podem ser compreendidas como códigos que associam a expressão a um conteúdo (ECO, 2000, p. 39). No texto normativo, palavras são signos que servem, em seu conjunto, para expressar ideias deontológicas.

Contudo, e os dicionários estão aí a provar isso, as palavras não são unívocas. O leitor do texto não está despido de uma história de vida e de uma bagagem cultural e científica que o fazem ler e ao mesmo tempo atribuir sentido ao texto. Essa atribuição de sentido, de valor, de escolha entre os vários signi-

ficados possíveis, resultará em tantas interpretações diferentes quantos forem os intérpretes. A suposição de que a interpretação gramatical é pura interpretação verbal ou terminológica, distinta de uma interpretação do sentido, é, segundo English (1983, p. 138), frequente mal entendido.

A interpretação gramatical não será suficiente para alcançar o sentido da norma, nem conduzirá a um resultado unívoco, ou ao menos correto, diferenciação esta que não será tratada por enquanto. Ela, no entanto, não pode ser desprezada, e deve ao menos servir como limite para o intérprete, pois o resultado do processo hermenêutico deverá, ao menos, ser compatível com o teor literal do texto (ENGLISH, 1983, p. 146)

A hermenêutica terá como função não apenas a já bastante conhecida tarefa de superar lacunas, dizendo o direito nos casos em que não houver texto normativo expresso. Deverá também atribuir significado a termos equívocos, pois “a tarefa da interpretação é fornecer ao jurista o conteúdo e o alcance (extensão) dos conceitos jurídicos.” (ENGLISH, 1983, p. 126). Quanto ao conteúdo, English entende que este será dado por meio de uma definição, pela indicação das conotações conceituais. O alcance será dado pela apresentação de grupos de casos individuais que se adaptem ao conteúdo, ou seja, ao conceito jurídico.

Interpretar o conceito de dignidade da pessoa humana seria, portanto, determinar o seu conteúdo e o seu alcance. Neste momento não se pretende fazer uma análise dos vários e inumeráveis casos individuais em que a dignidade da pessoa humana seja o centro da atividade interpretativa, o que demandaria a criação de exemplos de situações hipotéticas ou então a análise de casos reais, através de um recorte da jurisprudência

dos tribunais pátrios, notadamente do Supremo Tribunal Federal - STF, haja vista a posição do conceito em questão como princípio fundamental do Estado brasileiro na Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB e a função de guardião desta por aquele tribunal.

Aqui, a proposta é mais pontual, embora talvez ainda mais complexa, pois se pretende verificar se é possível determinar não o alcance, mas o conteúdo do conceito de dignidade da pessoa humana. Em primeiro lugar, será necessário identificar o que são conceitos jurídicos indeterminados e perquirir se a dignidade da pessoa humana pode ser considerada como tal.

Num segundo momento, analisar-se-á a possibilidade deste conceito ser preenchido, ou seja, se é possível indicar o seu conteúdo, as suas conotações conceituais. Mais do que isso, será abordada uma proposta para tal tarefa, a qual, longe de esgotar as possibilidades interpretativas, pelo menos aponta soluções que podem auxiliar o trabalho do intérprete diante de situações concretas envolvendo o já referido princípio.

2 OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Inicialmente, pela simplicidade e facilidade de compreensão do enunciado, assume-se que conceitos jurídicos são proposições que “descrevem determinadas situações, fáticas ou jurídicas, que desencadeiam conseqüências previstas no plano normativo”, sem descurar da necessidade da passagem do abstrato ao concreto pressupor a atividade subjetiva do intérprete. (GARCIA, 2005, p. 85)

No Direito, a formação de conceitos, tradicionalmente, obedece a um raciocínio dedutivo em que o conjunto de

características abstratas de um determinado objeto dá os contornos gerais do conceito abstrato (LARENZ, 2012, p. 625). Este raciocínio, afeito à jurisprudência dos conceitos, tem, ao longo da história, tido larga aceitação entre os juristas, pela possibilidade da gradação entre conceitos mais ou menos abstratos, dentro de um sistema logicamente piramidal, que, na visão de Garcia (2005, p. 85), atende bem à teoria jurídica de Kelsen. Quanto mais genéricos, ou mais abstratos, para usar a terminologia de Larenz, os conceitos, maior será o número de objetos que a eles poderão se adaptar e mais alta a sua posição na pirâmide dos conceitos jurídicos abstratos. Quanto mais específicos, mais baixa a sua posição na pirâmide jurídica kelseniana e menor o número de objetos ou fenômenos a eles atribuíveis.

Os conceitos abstratos servem ao Direito de modo a poder classificar os fenômenos do cotidiano que interessam à regulação, prescrevendo normas padronizadas e gerais de conduta, assim como lhes atribuir idênticas consequências jurídicas, na medida em que aqueles fenômenos apresentem notas distintas do conceito abstrato (LARENZ, 2012, 626)

Esse sistema de conceitos abstratos, contudo, não é plenamente realizável, por vários fatores: a) é impossível classificar todos os fatos da vida de acordo com um sistema prévio, estanque e imutável de conceitos; b) os fatos da vida não apresentam fronteiras rígidas como exigiria um tal sistema de conceitos; c) os fatos da vida são dinâmicos, apresentando-se diferentes a cada instante; d) o legislador utiliza uma linguagem que raramente é precisa o suficiente para definir conceitos (LARENZ, 2012, p. 645).

Para Larenz (2012, p. 645-650), um tal sistema de conceitos abstratos, que ele chama de “sistema externo”, não con-

cebe formas intermediárias de pensar os conceitos jurídicos. Se para fato da vida é preciso verificar a sua adequação a um dado conceito abstrato, então o raciocínio do intérprete é uma incessante atividade em que perquire se o fato amolda-se ao conceito ou não. Em caso negativo, parte-se para a tentativa de subsunção a outro conceito e assim sucessivamente, sempre com apenas duas possibilidades de resposta à indagação do hermeneuta: ou o fato subsume-se ao conceito ou não se subsume. No entanto, pelas razões já expostas no parágrafo anterior, uma tal ideia, como sistema, é impossível de ser realizada, pois levaria todo fato a ser classificado em vários compartimentos conceituais, desde os mais elevados, genéricos e abstratos, de sentido extremamente vago, até os mais específicos e precisos, porém com cada vez menos conteúdo e sentido.

Apesar da crítica, Larenz (2012, p. 649-650) admite a necessidade de tais conceitos abstratos ao sistema jurídico, ainda que com um valor limitado, na medida em que, ao dar mais clareza de conteúdo ao sistema (à custa do sentido), serve para permitir uma elaboração mais simplificada da lei, para uma orientação inicial e também para a subsunção. São, contudo, um empecilho para as concatenações de sentido do Direito.

Os conceitos abstratos, quanto mais alto se posicionarem na estrutura piramidal, ou seja, quanto mais imprecisos forem, mais utilizarão expressões gerais, que englobem uma gama maior de sentidos, demandado um maior esforço interpretativo. Tais conceitos podem, portanto, ser tratados como conceitos jurídicos indeterminados, já que, para Garcia, está-se diante de tal figura “quando a estrutura normativa, em razão do emprego de expressões vagas ou de termos que exijam a realização de uma operação valorativa para a sua integração,

apresenta uma fluidez acentuada, do que resulta uma maior mobilidade do operador do direito”. (2005, p. 85)

A atividade do intérprete há muito não se resume à mera subsunção do fato a conceitos jurídicos fixos, sendo cada vez mais chamado a valorar o fato e a norma, ainda mais que esta, como se viu, não apresenta precisão matemática que possa tornar o hermeneuta um autômato. Por outro lado, vige ainda, e com vigor, o princípio da legalidade, o que impede o ato de interpretação arbitrária, desvinculada do texto. O hermeneuta é, cada vez mais, chamado a “decidir e agir de modo semelhante ao do legislador.” (ENGLISH, 1983, p. 207).

E é a própria legislação que provoca esta postura, através de diferentes modos de expressão legislativa, dentre os quais estão os conceitos jurídicos indeterminados, que são aqueles “cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos.” (ENGLISH, 1983, p. 208) Aliás, English considera os conceitos absolutamente determinados algo muito raro, considerando como tais os conceitos numéricos, como medidas e prazos.

English afirma que nos conceitos jurídicos indeterminados é possível encontrar um núcleo conceitual e um halo conceitual. Enquanto é possível uma noção clara do conteúdo e da extensão do conceito, está-se no tratando do núcleo conceitual. Quando surgem as dúvidas, começa o domínio do halo do conceito (1983, p. 208-209).

Mesmo conceitos jurídicos descritivos, como por exemplo, *dia*, *noturno*, *velocidade*, ou *idade*, podem ser conceitos indeterminados, pelo menos em alguma medida. Já os conceitos normativos, em que pese a falta de univocidade sobre o que se deve entender por *normativo*, são ainda mais propensos a serem considerados como indeterminados. Conceitos normati-

vos podem ser compreendidos em dois sentidos. Primeiro, como conceitos que são perceptíveis ou passíveis de percepção pelos sentidos, como os conceitos descritivos, e que, portanto, necessitam do mundo das normas jurídicas para se tornarem compreensíveis, como, por exemplo, *alheio* (que implica o reconhecimento do regime jurídico da propriedade) ou *pagamento* (que implicaria no reconhecimento do regime de contratos). Ainda com o mesmo sentido, conceitos normativos seriam aqueles de dependem, para sua compreensão, de um qualquer sistema de normas, que não exclusivamente o sistema jurídico, como é o caso, por exemplo, de *criança* ou *casamento*, que podem ser tratados por sistemas normativos de outras áreas do conhecimento, como a religião, a psicologia, etc. (ENGLISH, 1983, p. 212).

Alguns desses conceitos podem ser relativamente determinados, inclusive através da utilização de conotações descritivas, como ocorre ao se descrever uma criança como o ser humano com até doze anos de idade.

Admitindo a insuficiência da explicação para revelar o que seriam conceitos normativos, English afirma, agora num segundo sentido, que estes são identificáveis quando for necessária uma valoração para aplicá-los a um caso concreto, não sendo suficiente a mera utilização de prescrições descritivas. Tais conceitos devem ser preenchidos caso a caso, através de atos de valoração (1983, p. 213). Como se dará essa valoração é assunto sobre o qual este artigo não se ocupará neste momento, posto que esta reflexão diz respeito justamente à questão relativa a saber se é ou não possível realizar essa valoração e, principalmente, dar sentido, alcançar um mínimo de determinação nos conceitos jurídicos indeterminados.

Como o artigo trata especificamente da dignidade da pessoa humana, é necessário avaliar se tal conceito pode realmente ser considerado um conceito jurídico indeterminado, de acordo com o que até aqui foi analisado. Só assim terá sentido qualquer tentativa de preenchimento de seu conteúdo.

3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO

Resta avaliar, então, se o conceito de dignidade da pessoa humana pode ser considerado indeterminado.

Emerson Garcia (2005, p. 85) entende que os conceitos indeterminados precisam ser preenchidos por ato de valoração. Para ele, tais conceitos podem derivar de três situações: “a) de uma imprecisão conceitual linguística; b) da incerteza resultante da necessidade de formulação de um juízo de valor; ou c) da exigência de realização de um juízo de prognose.” Para ele, a noção de dignidade humana amolda-se ao que entende como conceito jurídico indeterminado pela segunda situação, ou seja, pela “necessidade de integração por um juízo de valor, temporal e espacialmente localizado, primordialmente realizado à luz da situação concreta.”

Como se percebe, o entendimento de Garcia ressoa a lição anterior de English. De ambos extrai-se que conceitos imprecisos, que necessitam, para sua integração, de um juízo valorativo, devem ser considerados como indeterminados.

A doutrina tem se ocupado largamente do trabalho de dar sentido ao conceito *dignidade da pessoa humana*, enfrentando as dificuldades que a análise até aqui feita permite antever.

Isto é admitido, ainda que não com a utilização da mesma terminologia aqui adotada, já que não utiliza a expressão *conceito jurídico indeterminado*, por Sarlet (2009, p. 18), quando afirma que a dignidade da pessoa humana é, também, “um conceito de contornos vagos e imprecisos caracterizado por sua ‘ambiguidade e porosidade’ assim como por sua natureza necessariamente polissêmica.”

É também esta a visão de José de Alexandrino (2013, p. 13), ao afirmar que “o princípio da dignidade da pessoa humana parece pertencer àquele lote de realidades particularmente avessas à claridade, chegando a dar a impressão de se obscurecer na razão directa do esforço despendido para o clarificar.”

Häberle (2009, p. 76), ainda que reconhecendo a tradição jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal alemão, afirma que “não se conhece uma formulação suficientemente substancial e ‘maneável’ sobre o que deva ser a dignidade humana”, salientando que as diferentes abordagens deixam evidenciada uma concepção culturalmente específica do tema.

Para Maurer (2009, p. 122), há uma “polifonia teológica e filosófica” acerca do tema dignidade da pessoa humana. Após analisar como diferentes correntes teológicas e filosóficas acerca da dignidade da pessoa humana, reconhece a riqueza das possibilidades explicativas e que “[...] uma certa indeterminação permanece e permanecerá”, o que não impede a utilização do conceito, ainda que à custa da permanência de muitas questões sem resposta (MAURER, 2009, p. 127).

Como se vê, a indeterminação do conceito de dignidade da pessoa humana, ainda que sem a utilização desta específica terminologia, está reconhecida em parte da doutrina. Contudo, meramente reconhecer a indeterminação do conceito é apenas

o primeiro passo da jornada do intérprete. Esta característica não pode servir de amparo à indecisão ou à fuga do tema, mas, pelo contrário, chama ao trabalho de análise de possibilidades que tornem a aplicação do conceito menos problemática e mais apta a fundamentar, quando for o caso, a resolução de conflitos reais, integrando-se de fato, e não como simples promessa, ao ordenamento jurídico. Afinal, as “palavras camaleônicas são um risco tanto para a clareza de pensamento quanto para a lucidez na expressão.” (HOHFELD apud ALEXV, 2012, p. 45).

É possível, pois, alcançar uma determinação do conceito de dignidade da pessoa humana? Ou, mais humildemente, é possível alcançar ao menos um maior grau de determinação no conceito?

4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CONCEITO JURÍDICO DETERMINÁVEL

Questionando o que são, qual o conteúdo e o alcance dos direitos humanos fundamentais, Narciso Baez (2011, p. 25-26) aponta a necessidade de, para superar as dificuldades atinentes à busca por tais respostas, ser preciso estabelecer parâmetros epistemológicos interculturais. Afirma, ainda, que as categorias dos direitos humanos fundamentais, e a dignidade está entre elas, têm sido usadas para descrever “qualquer situação de frustração, de injustiça e de desentendimento entre civilizações.”

De fato, se houver absoluta indeterminação conceitual, a dignidade da pessoa humana será conceito que servirá para dizer qualquer coisa, e assim não significará nada.

Se a dignidade da pessoa humana é conceito jurídico que servirá para dar respostas a questões sobre direitos funda-

mentais, então este é um conceito que interessa à dogmática jurídica, nos termos assinalados por Alexy (2012, p. 36), quando afirma que esta “é, em grande medida, uma tentativa de se dar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas que foram deixadas em aberto pelo material normativo previamente determinado.”

Para Alexy (2012, p. 33-36), a dogmática jurídica possui três dimensões: analítica, empírica e normativa. A dimensão que interessa a este artigo é a analítica, pois é esta que “diz respeito à dissecação sistemático-conceitual do direito vigente.” É nesta dimensão que faz a análise dos conceitos elementares, dentre os quais se pode compreender a dignidade da pessoa humana, e também porque esta dimensão se ocupa do exame da estrutura do sistema jurídico, bem como da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana tem sido conceito estrutural do sistema jurídico constitucional brasileiro, não só pela sua posição no inciso III do art. 1º da CRFB, como fundamento do Estado brasileiro, mas também pela proeminência doutrinária que alcançou. Além disso, tal conceito tem servido à fundamentação de decisões que envolvam conflito entre dois ou mais direitos fundamentais.

Buscar, pois, clarear o conceito de dignidade da pessoa humana é, portanto, tarefa necessária à melhor compreensão do sistema como um todo, pois “clareza conceitual, ausência de contradição e coerência são pressupostos da racionalidade de todas as ciências.” (ALEXY, 2012, p. 38).

Assim, parte-se agora para análise de uma hipótese que auxilie o intérprete a dar sentido ao conceito. As possibilidades são por demais variadas e este trabalho seria incapaz

de abordar com a merecida profundidade todas elas. Assim, é necessário fazer um recorte no tema, ao final do qual o estudo se cingirá à visão da dignidade da pessoa humana como princípio que, permanecendo indeterminado, pode ao menos ser reconhecido por seu núcleo mais elementar.

Primeiramente, atenta-se para a advertência de Habermas (2012, p. 315) a respeito da tentativa de dar sentido a princípios com fundamentação em valores. Para ele, enquanto princípios e normas têm sentido deontológico, expressando, pois obrigações, valores têm sentido teleológico, expressando preferências compartilhadas intersubjetivamente. Ele não nega que uma ordem constitucional adote determinados valores, mas afirma que ela o faz de modo a domesticá-los, de modo a concebê-los, através de atos legislativos, não mais como valores, mas sim como normas. A identificação entre normas e valores não seria mais defensável, posto que, nesta solução “os pretensos bens ou valores universais assumem uma forma a tal ponto abstrata, que é impossível reconhecer facilmente nelas princípios deontológicos, tais como dignidade humana, solidariedade, autorrealização e autonomia.” (HABERMAS, 2012, p. 318)

Se um tribunal constitucional pode resolver conflitos utilizando conceitos abstratos extraídos do texto constitucional, sem reconhecer neles um caráter deontológico, mas sim teleológico, “*todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocações de objetivos.*” (HABERMAS, 2012, p. 321). Isso tornaria o tribunal uma instância autoritária, fazendo ruir a visão que compreende normas e princípios deontologicamente (HABERMAS, 2012, p. 320-321).

Alexy (2012, p. 153) concorda em parte com esta visão, afirmando que princípios têm caráter deontológico e valores caráter axiológico.

Mas afinal, se a dignidade da pessoa humana é conceito jurídico e se é fundamento estrutural do sistema, servindo à solução de conflitos, sendo, portanto, elemento deontológico do sistema, e, conforme entendeu Habermas, não deveria ser visto simplesmente como valor, sob pena do raciocínio andar em círculos, pois permaneceria a indeterminação que se pretende afastar, e ainda se abriria espaço para decisões arbitrárias, o que se rejeita, como deve ser compreendido tal conceito? Como norma (regra) ou princípio?

Para Alexy (2012, p. 87), o termo norma abrange tanto regras quanto princípios, pois ambos têm caráter deontológico. Por adotar este paradigma, doravante este artigo tratará da distinção entre regras e princípios.

Após mencionar vários critérios para diferenciar regras e princípios, Alexy (2012, p. 90) conclui que a diferença entre tais normas é de ordem qualitativa. Princípios seriam “mandamentos de otimização”, pois “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Enquanto regras são válidas ou inválidas, devendo ser integralmente cumpridas ou rejeitadas, a satisfação dos princípios se dá em graus variados e é dependente das possibilidades fáticas e jurídicas.

Essa diferenciação permite asseverar que a dignidade da pessoa humana é um princípio e não uma regra, pois, sendo valor fundamental do Estado brasileiro, não há que se discutir se, em determinada situação tal conceito é válido ou não. O que se pode fazer perquirir em que medida ele pode ser satis-

feito, em cada situação concreta, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas à disposição.

Isso, contudo, não responde à questão de se saber qual o sentido, o conteúdo do que se passa a chamar de princípio da dignidade da pessoa humana, pois em termos gerais, apenas avançou-se no sentido de reconhecer que tratá-lo como princípio, em vez de meramente como conceito, indica que a sua utilização em casos reais poderá se dar em maior ou menor grau. Mas em que situações terá o princípio maior força cogente, já que se trata de uma norma e, como tal, possui caráter deontológico?

Como visto anteriormente, conceitos indeterminados possuem um núcleo conceitual e um halo conceitual. Quanto mais claro e evidente o conteúdo e a extensão do conceito, mais próximo do núcleo do conceito se encontra o intérprete e o órgão julgador. Quanto mais indeterminado o seu conteúdo e extensão, mais distante do seu núcleo.

Portanto, quanto mais próximo do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana, mais determinado se apresentará o seu conteúdo. Quanto mais distante, mais indeterminado. Se é assim, então o que interessa a este artigo é saber o quanto é possível aproximar-se deste núcleo.

Esta solução se assenta à proposta de Baez (2011, p. 35) para o problema da identificação do conteúdo e alcance do princípio da dignidade humana⁸. Para ele, o princípio possui

⁸ O autor não utiliza a expressão *dignidade da pessoa humana*, mas sim *dignidade humana*, explicando que assim o faz porque pretende referir-se a um atributo que pertence à humanidade como um todo. A segunda expressão seria reservada para utilização em situações concretas. Neste artigo, contudo, o raciocínio utilizado para explicar as duas dimensões da dignidade humana serve ao proposto. (BAEZ, 2011, p. 26)

duas dimensões, a básica, que aqui se equipara ao núcleo do conceito, e a cultural, que aqui corresponde ao halo.

A dimensão básica diz respeito a “[...] uma qualidade própria do indivíduo que vai demandar o respeito por sua vida, liberdade, integridade física e moral, materializando-se em um conjunto de direitos elementares que impedem a coisificação do ser humano” (BAEZ, 2011, p. 35). Veja-se que, assim, através desta dimensão, ganha força a determinação do conceito de dignidade da pessoa humana, aumentando a força deontológica do princípio que pode, então, ser mais facilmente utilizado pelo intérprete em situações concretas, desde que possa relacionar o fato à violação desses elementos nucleares do princípio.

Já a dimensão cultural, que aqui é tratada como pertencente ao halo do conceito, e, portanto do princípio da dignidade da pessoa humana, abrange “as formas e as condições como o dignidade humana, em sua *dimensão básica*, é implementada por cada grupo social ao longo da história”. A dependência de fatores culturais, históricos, religiosos, sociais, econômicos e outros, recomendam a atenção deste artigo à dimensão básica, por ser afeita à possibilidade de determinação do conceito em estudo.

É certo que tais definições não determinam de maneira cabal o que vem a ser a dignidade da pessoa humana, pois até mesmo o conteúdo da dimensão básica é formado por princípios e conceitos que não são unívocos, tais como liberdade ou integridade moral. No entanto, indicam que a dignidade da pessoa humana possui um conteúdo mínimo, que poderá ser reconhecido de plano como violado em determinadas situações, pois será aferido justamente pela identificação de violações a elementos de seu conteúdo. Essa decomposição da dignidade em outros

elementos tende a clarear pelo menos as situações limite, evitando a banalização do uso do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento de decisões sobre todo e qualquer tema do direito.

5 CONCLUSÃO

Este artigo procurou analisar a possibilidade de se atribuir sentido menos equívoco ao conceito “dignidade da pessoa humana.”

Para tanto, reconheceu que referido conceito pode ser compreendido com sendo aquilo que parte da doutrina chama de “conceito jurídico indeterminado”. Ainda que este termo não seja o mais usual, ele proporciona, pela precisão terminológica, uma abordagem bastante precisa do tema.

A indeterminação conceitual, contudo, não pode ser um obstáculo intransponível à aplicação do conceito, principalmente considerando-se a sua proeminência no sistema constitucional brasileiro. Reconheceu-se, então, que a dignidade da pessoa humana como sendo conceito jurídico indeterminado, com caráter deontológico, posto seu caráter normativo no sistema constitucional.

Longe de resolver o problema, esta primeira conclusão só faz reforçar a necessidade de intensificar a busca por significado. Assim, após conceber regras e princípios como normas jurídicas, na esteira de Alexy, afirmou-se que o conceito dignidade da pessoa humana deve ser compreendido com princípio, e não regra, posto que nunca haverá possibilidade de se discutir sua validade ou não validade dentro do sistema jurídico, tarefa esta que é possível quando são analisadas regras jurídicas. Sen-

do um princípio, diante de cada caso concreto o que se indaga é se o princípio foi ou não satisfeito.

Como conceito jurídico indeterminado, o princípio da dignidade da pessoa humana possui um núcleo, no qual deve ser encontrado o seu sentido mais essencial, e um halo, no qual é aumentada a imprecisão terminológica e a sua aplicação torna-se menos evidente. Esta diferenciação pode ser também compreendida através da admissão de duas dimensões distintas para o princípio: básica (núcleo) e cultural (halo).

Para a primeira, o princípio da dignidade da pessoa humana estaria a serviço da vedação à coisificação do ser humano, ligado que estaria ao respeito aos direitos mais invioláveis do indivíduo, como a vida, a liberdade, e a integridade física e moral. Já enquanto dimensão cultural, dignidade da pessoa humana seria princípio vinculado à forma pela qual as condições elementares componentes da dimensão básica seriam material e juridicamente implementadas por cada sociedade ao longo da história.

Desta forma, é possível, pelo menos com o que até aqui foi analisado, afirmar que a dignidade da pessoa humana é conceito jurídico indeterminado, porém determinável, ainda que esta determinação o seja somente por aproximação do núcleo, ou dimensão básica do conceito, que está intimamente ligado aos direitos à vida, liberdade e integridade física e moral. Esta perspectiva também permite antever outros problemas, que se encontram além do âmbito de discussão deste texto, mas que dizem respeito à possibilidade de se revelar, no que diz respeito à dignidade da pessoa humana, o seu conteúdo essencial, principalmente através da análise de seus elementos constitutivos,

notadamente naqueles casos em que estes mesmos estejam em conflito uns com os outros.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, José de Melo. Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções. *Direitos Fundamentais e Justiça - Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS*, n. 11. Disponível em <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/11_Dout_Estrangeira_1.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2013.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Direitos humanos fundamentais e direitos humanos dependentes de fatores culturais - novos rumos de uma possível coexistência. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier. CASSEL, Douglas. (Org.). *A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais*. Joaçaba: Unoesc, 2011.

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

ECO, Umberto. *Tratado Geral de Semiótica*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

GARCIA, Emerson. Dignidade da Pessoa Humana: referenciais metodológicos e regime jurídico. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, 2005.

HÄBERLE, Peter. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. As dimensões da dignidade humana: construindo uma dimensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Capítulo III

Autonomia Privada como Condição para o Exercício dos Direitos de Liberdade

*Jorge Eduardo Hoffmann
Cristhian Magnus De Marco*

1 INTRODUÇÃO

É bastante usual a confusão dos termos liberdade e autonomia privada, como se sinônimos fossem. Essas duas categorias jurídicas podem ser analisadas sob enfoques distintos, mas são complementares, podendo ser estudados sob prisma das condições que autorizam o Estado a intervir no âmbito de liberdade pessoal do indivíduo. O estudo visa responder se é possível reconhecer na legislação brasileira uma linha orientadora das condições que autorizam tais intervenções estatais.

Nesse propósito, pretende-se: a) fixar o marco histórico que situa a liberdade nos dias atuais; b) traçar as linhas gerais de um conceito de liberdade jurídica, observando sua vinculação com um conceito geral de liberdade; c) abordar parte da legislação brasileira, em busca de semelhanças motivacionais para a intervenção do Estado na esfera de liberdade pessoal, com diminuição desta.

2 MÉTODOS

Para alcançar o objetivo visado, abordou-se as distinções entre as esferas pública e privada na antiguidade e hoje, procurando-se delinear essa evolução, sempre com atenção aos direitos de liberdade e igualdade. Após, analisou-se o conteúdo da liberdade jurídica como conceito dogmático vinculado à ideia geral de capacidade. Um terceiro passo foi o estudo da autonomia privada a partir de seus pressupostos e limitações, bem como uma análise da legislação brasileira a partir de tais referências. Utilizou-se o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica adotando-se como principais marcos teóricos os traba-

lhos de Robert Alexy, Jürgen Habermas, Marcelo Schenk Duque, bem como a legislação brasileira.

3 RESULTADOS

O estudo perceber uma linha geral de atuação do legislador brasileiro quando atua no sentido de afastar a liberdade individual e permitir que terceiros decidam pelo indivíduo. Os pressupostos autorizadores de tal atuação tem sido a falta de capacidade para aquisição do conhecimento e para a tomada de decisões, bem como o uso da liberdade para escolhas trágicas.

4 DISCUSSÃO

A esfera privada da vida nas antigas sociedades grega e romana era marcada por relações que distinguiam a exclusividade das relações na esfera pública. Já que a esfera pública era destinada a homens livres, somente entre esses havia identificação de direitos e, portanto, somente a eles seria possível invocar algo como que um direito de igualdade. Já que a esfera pública era destinada a homens livres, somente entre esses havia identificação de direitos e, portanto, somente a eles seria possível invocar algo como que um direito de igualdade (HABERMAS, 1984, p. 15). A vida privada, naquele período da história, relacionava-se às atividades destinadas à sobrevivência da espécie, e não às relacionadas ao desenvolvimento da personalidade (CACHAPUZ, 2006, p. 56). Nesta esfera prevaleciam relações de poder e força entre os indivíduos, nas quais somente o opressor, impondo-se como desigual na esfera privada, alcançava a liberdade das necessidades de sobrevivência e, assim, a igualdade na esfera pública.

Na Idade média começam a se modificar as relações entre as pessoas, na medida em que o senhor feudal passa a exercer o poder público, antes reservado ao grupo de homens livres, enquanto esses, embora súditos, possuem uma esfera pública de liberdade não regulada, mesmo no âmbito do feudo. A falta de participação do homem livre no poder público também afeta as suas relações privadas, na medida em que esta se torna cada vez mais uma esfera de convívio entre pessoas iguais.

Essas modificações, bastante lentas e graduais, resultam na separação moderna entre esfera pública e privada. A esfera pública moderna é o espaço de compartilhamento da vida entre todos, baseada num reconhecimento de um direito geral de igualdade. Somente pessoas iguais podem conviver livremente na esfera pública. Segundo Lafer (1988, p. 243), “[...] público é o que afeta todos ou a maioria, sendo portanto o *comum*, que se contrapõe ao privado, visto como o que afeta a um ou a poucos”, assim como o “público é o que é *acessível a todos*, em contraposição ao privado, encarado como aquilo que é reservado e pessoal.” Essa participação difusa de todos, fundada no direito de igualdade, nos assuntos públicos, permite a liberdade na esfera pública seja garantia da liberdade individual.

Os Estados democráticos modernos têm trabalhado no sentido da preservação da liberdade ao mesmo tempo em que procuram criar as condições igualitárias de vida em sociedade, numa tentativa de equilibrar dois grupos de direitos que geralmente se tensionam. O equilíbrio desta tensão é dado pelo reconhecimento de que esses direitos servem à promoção da dignidade da pessoa humana, na medida em que as violações a esta ora podem ser encaradas como ofensivas ao direito geral

de igualdade, ora ao direito geral de liberdade (TEIFKE, 2010, p. 188).

Em breve leitura de Alexy (2012, p. 196), é possível afirmar que o direito geral de liberdade pode ser entendido como: a) o direito a que o Estado não impeça ou dificulte determinações ações do titular do direito; b) o direito a que o Estado não afete determinadas características ou situações do titular do direito; c) o direito a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do mesmo titular. Isso não significa, contudo, que o direito geral de liberdade seja definido através de suas restrições. O direito geral de liberdade possui um suporte fático pré-definido, caracterizado pela liberdade geral de ação. A função das restrições será a de definir sua amplitude (ALEXY, 2012, p. 347-348).

Já a liberdade jurídica seria a possibilidade de fazer ou deixar de fazer o que se quer, “[...] desde que não existam razões suficientes (direitos de terceiros, interesses coletivos) que fundamentem uma restrição na liberdade negativa”. Isso, em primeiro lugar aponta para uma vinculação entre direitos de liberdade de interesses da comunidade, ou interesses de preservação da igualdade entre seus membros. Além disso, reclama que tais interesses constituam “razões suficientes” para a restrição da liberdade.

A liberdade associada ao princípio da dignidade humana é uma liberdade limitada, pois reconhece a necessidade de restrições necessárias ao convívio social. Mas, sob outro prisma, condições diminuídas para o exercício dos direitos de liberdade implicam na necessidade de maior atuação dos demais componentes formadores do princípio da dignidade humana, como que numa relação de compensação, daí a necessidade de se

compreender quais seriam as condições para o exercício dos direitos de liberdade. Ainda que o Estado, em nome das necessidades da vida em sociedade, não intervenha nas ações passíveis de serem praticadas pelos indivíduos, nas situações e posições por eles desfrutadas, o gozo desses direitos de liberdade pressupõe pessoas que sejam capazes de externar sua vontade no sentido de praticar os atos protegidos pelo direito, assim como defender posições ou situações. Isso porque é sabido que a liberdade negativa, o direito a não existência de intervenções, coexiste com o direito à proteção dessas liberdades, contra o Estado ou terceiros, proteção esta a ser fornecida pelo próprio Estado.

Para fins didáticos, entende-se tal capacidade como “autonomia privada” e compreende-se esta como o poder do indivíduo “[...] autorregulamentar seus interesses pessoais na concreção de sua projeto espiritual.” (CANTALI, 2009, p. 202). Logicamente, a autonomia privada pode e em muitos casos deve ser limitada, inclusive em virtude de características próprias do sujeito que a exerce. E isso não ocorre em um sistema de repressão da liberdade, mas sim de promoção da igualdade, com vistas a possibilitar a participação na vida comunitária daquele que está em uma posição involuntariamente desfavorecida.

Assim, o Estado somente pode interferir na autonomia privada dos indivíduos, protegendo-os de danos que possam causar a si próprios, se estiver baseado em um dos seguintes parâmetros orientadores: “[...] a garantia da dignidade humana, a existência de autonomia plena do particular e a preservação de direitos de terceiro.” (DUQUE, 2013, p. 340).

Especificamente quanto à autonomia plena do particular, trata-se de critério que se relaciona com a questão de saber

se determinada conduta que acarreta dano à pessoa é também, ao mesmo tempo, expressão do direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade. Nesse sentido, a intervenção estatal deveria ocorrer em proporção inversa ao grau de discernimento da pessoa. A proteção do Estado não é mais para a pessoa “contra” si mesma, mas “para” si mesma.

No Brasil, é possível perceber a intervenção do Estado na esfera da autonomia privada, com vistas à proteção de indivíduo com discernimento reduzido, em diversos casos, dos quais citam-se como exemplos: a) o artigo 26 e seu parágrafo único do Código Penal (BRASIL, 1940);⁹ b) a capacidade de autodeterminação regradada em graus no Código Civil (BRASIL, 2003);¹⁰ c) a Lei nº 10.826/03 (BRASIL, 2003), ao estabelecer a

⁹ Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

¹⁰ Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

comprovação de aptidão psicológica para manuseio de arma de fogo como condição para aquisição de tal artefato;¹¹ d) a Lei nº 9.503/97 - Código Brasileiro de Trânsito (BRASIL, 1997), que utiliza, em seu artigo 140, a imputação penal, a alfabetização e a identificação civil, além da demonstração de habilidade, como requisitos mínimos para autorizar a condução de veículos.¹²

5 CONCLUSÕES

A autonomia privada é entendida como a capacidade concreta que tem a pessoa para conhecer e tomar decisões com base no conhecimento adquirido, sendo, assim, ao menos em um grau mínimo, condição para o exercício de direitos de liberdade. Graduada, a autonomia privada deve servir como mecanismo para variação do grau de liberdade que pode ser desfrutada sem restrições num dado ordenamento. Pessoas incapacitadas têm autonomia inexistente ou severamente diminuída, devendo ser tuteladas no exercício dos direitos de liber-

IV - os pródigos.

¹¹ Art. 4º Para adquirir arma de fogo de uso permitido o interessado deverá, além de declarar a efetiva necessidade, atender aos seguintes requisitos:

[...]

III - comprovação de capacidade técnica e de aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestadas na forma disposta no regulamento desta Lei.

¹² Art. 140. A habilitação para conduzir veículo automotor e elétrico será apurada por meio de exames que deverão ser realizados junto ao órgão ou entidade executivos do Estado ou do Distrito Federal, do domicílio ou residência do candidato, ou na sede estadual ou distrital do próprio órgão, devendo o condutor preencher os seguintes requisitos:

I - ser penalmente imputável;

II - saber ler e escrever;

III - possuir Carteira de Identidade ou equivalente.

dade, inclusive para que não adotem escolhas trágicas para si próprias. Já pessoas capazes não sofrem as restrições de algum tipo de tutela, mas podem ser limitadas em nome da preservação de sua dignidade, posto que esta é reconhecida como valor que transcende o indivíduo, importando a toda a comunidade representada pelo Estado. Também não haverá tutela, mas simples restrição, quando a liberdade for usada em prejuízo de terceiros.

O direito brasileiro tem levado em consideração a maturidade e capacidade intelectual para a tomada de decisões, o que neste texto se entende como uma noção muito aproximada do conceito de autonomia privada, para fins de autorizar a intervenção coercitiva na esfera de liberdade individual. Assim, uma autonomia privada reduzida é justificativa que está de acordo com a tradição jurídica brasileira e também com o princípio da dignidade humana para fins de autorizar intervenções estatais na liberdade individual.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Decreto Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 09 dez. 1940.

BRASIL. Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 set. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm>. Acesso em: 02 ago. 2014.

BRASIL. Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas - Sinarm, define crimes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 dez. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm>. Acesso em: 02 ago. 2014.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e Vida Privada no Novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no Discurso Jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Direito Privado e Constituição: drittwirkung dos direitos fundamentais, construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

Habermas, Jürgen. *The theory of communicative action. Reason and the rationalization of society*. Boston: Beacon Press, 1984.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

TEIFKE, Nils. Flexibilidade da dignidade humana? Para a estrutura do artigo 1, alínea 1, da lei fundamental. In: HECK, Luís Afonso (Org). *Direito Natural, Direito Positivo, Direito Discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

