

E-book produzido a partir da disciplina  
**CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CIVIS**

ORGANIZADORAS

Professora Doutora **Riva Sobrado de Freitas** – Unoesc  
Professora Doutora **Danielle Jacon Ayres Pinto** – UFSC

*Série*  
**Ensaio**

**ENSAIOS SOBRE A  
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS CIVIS**  
Volume 2

**editora  
unoesc**

### Editora Unoesc

Coordenação: Tiago de Matia  
Revisão metodológica: Bianca Regina Paganini  
Projeto Gráfico: Simone Dal Moro  
Capa e diagramação: Saimon Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

E59            Ensaios sobre a constitucionalização dos direitos  
fundamentais civis: volume 2 / organizadoras: Riva  
Sobrado de Freitas, Danielle Jacon Ayres Pinto. –  
Joaçaba: Editora Unoesc, 2019.  
214 p. – (Série Ensaios) –

ISBN 978-85-8422-206-3

E-book produzido a partir da disciplina  
Constitucionalização dos Direitos Fundamentais Civis.

1. Direitos fundamentais. 2. Constitucionalidade I.  
Freitas, Riva Sobrado de, (org.). II. Pinto, Danielle  
Jacon Ayres, (org.).

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  
Ildo Fabris  
Campus de Xanxerê  
Genesio Téó

Pró-reitora de Graduação  
Lindamir Secchi Gadler

Pró-reitor de Pesquisa,  
Pós-graduação e Extensão  
Fábio Lazzarotti

Diretora Executiva da Reitoria  
Cleunice Fátima Frozza

**A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.**

## Sumário

AS ORIGENS DO CONSTITUCIONALISMO NA IDADE MODERNA.....	7
Maycon Robert Hammes	
O DANO AO PROJETO DE VIDA E O FEMINICÍDIO .....	31
Rosana Walter	
A LIBERDADE COMO MOVIMENTO DE EXPRESSÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	53
Anna Leticia Piccoli	
CONCEPÇÕES DE AUTONOMIA: A INFLUÊNCIA DE JEAN L. COHEN PARA A CONSTRUÇÃO DA AUTONOMIA DECISÓRIA .....	103
Cassiane Wendramin	
OS DIREITOS DE PERSONALIDADE ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL .....	129
Rosane Machado Carneiro	
BREVES REFLEXÕES SOBRE A ALTERAÇÃO DO NOME E SEXO DE TRANSGÊNEROS NO REGISTRO CIVIL .....	153
Jeferson Osvaldo Vieira	
A COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE MORADIA E DE PROPRIEDADE.....	179
João Paulo Finn	



## APRESENTAÇÃO

É com muita alegria que apresentamos mais uma coletânea de artigos produzidos na disciplina: *Constitucionalização dos Direitos Fundamentais Cíveis*, do Programa de Mestrado em Direito da UNOESC- Universidade do Oeste de Santa Catarina- Chapecó em 2018, primeiro e segundo semestres.

São artigos que tiveram como ponto de partida a investigação do fenômeno: Constitucionalização dos Direitos Fundamentais Cíveis, observando a sua repercussão em temas variados, constatando dentro de uma perspectiva crítica, as reais transformações produzidas pela irradiação dos Direitos Fundamentais Cíveis ao ordenamento jurídico na sua integralidade sempre com o escopo de se obter justiça substantiva.

De outra parte, foi também objeto de nosso estudo pontuar o impacto dessas teses verificando nos temas tratados suas virtudes e dificuldades, ambas originadas da materialização desse fenômeno jurídico que emerge na era do neoconstitucionalismo e se utiliza dos recursos de uma hermenêutica constitucional pós-positivista.

Para tanto, nossa preocupação na escolha dos textos não foi o seu ineditismo, (vários artigos já foram publicados em periódicos e anais de congresso) mas tão somente a verificação da eficácia material dos Direitos Fundamentais Cíveis aqui abarcados.

Dessa forma desejamos a todos uma excelente leitura e que os trabalhos aqui reproduzidos possam edificar cada vez mais os debates sobre os Direitos Fundamentais tão imprescindíveis hodiernamente.

Riva Sobrado de Freitas  
Danielle Jacon Ayres Pinto



# AS ORIGENS DO CONSTITUCIONALISMO NA IDADE MODERNA

Maycon Robert Hammes<sup>1</sup>

## RESUMO

O objetivo deste estudo é averiguar se alguns fundamentos filosóficos e fatos históricos, oriundos da Idade Moderna, contribuíram para o surgimento do constitucionalismo no mundo ocidental. Tal análise é indissociável do processo de consolidação do Estado no período. O método empregado será de abordagem histórica e analítica, sendo estritamente bibliográfica. Será realizado inicial estudo sobre o processo de transmutação do poder estatal atrelado à moral religiosa e de caráter absolutista para o Estado laico e limitado por direitos naturais, com a análise das teorias de Maquiavel, Hobbes e Locke. Posteriormente, serão abordados fundamentos das doutrinas de Montesquieu e Rousseau, que contribuíram para o surgimento da teoria da separação dos poderes e noções modernas de coletividade e democracia. Por fim, serão analisadas ideias e circunstâncias relacionadas às revoluções liberais que ocorreram, no ocidente, nos séculos XVII e XVIII, bem como os seus principais legados, principalmente para o surgimento do constitucionalismo e dos direitos fundamentais. A conclusão é que os fundamentos filosóficos e fatos históricos analisados, pelos motivos expostos no trabalho, foram decisivos para o surgimento do constitucionalismo, no mundo ocidental, a partir da segunda metade do século XVIII.

**Palavras-chave:** Estado. Iluminismo. Revoluções liberais. Constitucionalismo. Direitos fundamentais.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó/SC, linha de pesquisa Direitos Fundamentais Civis: A Ampliação dos Direitos Subjetivos; Promotor de Justiça.

## I INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo averiguar se alguns fundamentos históricos e filosóficos oriundos da Idade Moderna, possam ter contribuído, de qualquer maneira, para o surgimento do constitucionalismo no mundo ocidental.

O constitucionalismo é, possivelmente, uma das maiores garantias de asseguaração dos direitos fundamentais, sendo o responsável pela transmutação dos direitos naturais – difíceis de serem aferidos e aplicados em casos concretos, dado o grau de subjetividade a que estão interligados – em direitos fundamentais. A existência e asseguaração destes direitos, assim, depende das Constituições, sejam elas escritas ou consuetudinárias.

Para que possamos compreender a nossa sociedade e suas estruturas – *v.g.* forma de governo, cultura, direito etc. – é imprescindível a análise do passado, ou seja, como ocorreu o surgimento e a evolução (ou involução) das instituições e institutos (jurídicos ou sociais) que permeiam e regulam a existência dos cidadãos. A devida análise do passado pode dificultar ou até mesmo impedir o cometimento de erros anteriormente praticados – nesta ou noutras nações – e contribuir para a realização de adequados diagnósticos e prognósticos aos problemas atuais.

A presente pesquisa será orientada a partir de uma abordagem histórica e analítica, sendo estritamente bibliográfica. O desenvolvimento do tema está ligado à teoria da evolução do Estado, porquanto este é o núcleo de poder que faz a legislação (inclusive a Constituição). Assim, a pesquisa tratará de forma conjunta os aludidos assuntos.

Quais foram os principais fundamentos filosóficos e acontecimentos históricos que, durante a Idade Moderna, exerceram influência para o surgimento das constituições liberais (final do século XVIII e início do século XIX)? Tais fundamentos e fatos contribuíram para o surgimento do constitucionalismo no ocidente?

Buscar-se-á respostas a tais perguntas, que nortearão o desenvolvimento do presente artigo. Iniciar-se-á pela análise do processo de transmutação do poder estatal atrelado à moral religiosa e de caráter absolutista – típico do final da Idade Média e início da Moderna – para o Estado laico e limitado por direitos naturais, característico do período de transição para a Idade Contemporânea. O foco será nas teorias de Maquiavel, Hobbes e Locke.

Posteriormente, serão abordados fundamentos das doutrinas de Montesquieu e Rousseau, que contribuíram para o surgimento da teoria da separação dos poderes e noções modernas que envolvem coletividade e democracia.

Por fim, serão analisadas ideias e circunstâncias relacionadas às revoluções liberais que ocorreram, no ocidente, durante os séculos XVII e XVIII, bem como os seus principais legados, principalmente para o surgimento do constitucionalismo e dos direitos fundamentais.

## 2 O SURGIMENTO DO ESTADO E O MOVIMENTO ILUMINISTA

Inicialmente, faz-se necessário delimitar o conceito de *constitucionalismo* que será utilizado, já que existem diversas acepções passíveis de serem empregadas.<sup>2,3,4</sup>

<sup>2</sup> Para Uadi Lammêgo Bulos (2011, p. 64), o constitucionalismo possui dois sentidos: a) sentido amplo: é o fenômeno relacionado ao fato do Estado possuir uma constituição em qualquer época da humanidade, independente do regime político adotado ou do seu perfil jurídico; e b) em sentido estrito: é a técnica jurídica de tutela das liberdades, surgida nos fins do século XVIII, que possibilitou que os cidadãos, com fulcro em constituições escritas, exercessem direitos e garantias fundamentais, sem que o Estado pudesse lhes oprimir pelo uso da força ou do arbítrio.

<sup>3</sup> Para Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 37-38), a noção de constituição em sentido material é bastante antiga, e representa o modo de organização de uma sociedade política; já a constituição em sentido formal encontrou sua afirmação (teórica e prática) a partir do final do século XVIII, sendo um ato jurídico ou normativo, portanto, expressão de um poder constituinte. Para ele, é a partir da constituição em sentido formal que se erige o constitucionalismo contemporâneo.

<sup>4</sup> Na definição de Luís Roberto Barroso (2010, p. 5), o constitucionalismo “significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, rule of the law, Rechtsstaat). O nome

Assim, no presente texto, será utilizado o conceito estrito de constitucionalismo empregado por Uadi Lammêgo Bulos, bem como o conceito formal definido por Ingo Wolfgang Sarlet, ou seja, como sendo o movimento que deu amparo, a partir do final do século XVIII, ao surgimento das constituições (jurídicas/normativas) nos Estados, as quais tinham como função (inicial) limitar a atuação do poder estatal e prever direitos e garantias fundamentais aos cidadãos.<sup>5</sup>

Para se compreender como surgiu o movimento constitucional a partir do século XVIII, objeto deste trabalho, é imprescindível retroagir um pouco no tempo, visando a entender a evolução das ideologias predominantes em cada época.

Durante a Idade Média, prevaleceu a ideia de que deveria existir uma estreita vinculação entre a prática de atos de governo e a moral religiosa vigente. Eram considerados relevantes, por consequência, a escolástica e o direito canônico.

O Grande Cisma do Ocidente,<sup>6</sup> no entanto, gerou o enfraquecimento do poder da Igreja, forçando a um reconhecimento, por esta, do poder soberano dos reis na administração dos reinos.

Ao final da Idade Média, em meio a essa transição do predomínio do poder religioso para o secular, bem como devido às inúmeras guerras locais e regionais existentes, criou-se um cenário de frequente instabilidade e insegurança, tanto para governantes como para governados.

Foi nesse contexto de instabilidade que Nicolau Maquiavel escreveu, na Itália do séc. XVI, o seu famoso livro *O Príncipe*, no qual

---

sugere, de modo explícito, a existência de uma Constituição”, seja no formato escrito ou no modelo (inglês) consuetudinário.

<sup>5</sup> Segundo Barroso (2010, p. 40-41), durante o século XIX, com o decisivo amparo do constitucionalismo, o Estado moderno se consolida sob a forma de Estado de direito.

<sup>6</sup> Crise religiosa que ocorreu na Igreja Católica entre os anos 1378 e 1417, quando, em meio a uma crise interna, foram instalados dois papados, um em Roma e outro em Avignon, ambos disputando o reconhecimento de legitimidade no comando da Igreja.

apresenta métodos para que o poder possa ser exercido sob “mãos firmes”, visando a um comando centralizado, forte e estável, que colocasse fim ao quadro de insegurança vivenciado por todos na época.

Maquiavel anunciou que para se manter no poder, seria imprescindível ao governante se despir da moral religiosa vigente e adotar as medidas que fossem necessárias para governar com estabilidade. Para atingir tal desiderato, o governante precisaria não contar somente com a *fortuna* (ex.: ser o herdeiro do trono, possuir os recursos materiais ou bélicos para fins de ataque e/ou defesa etc.), mas essencialmente com a *virtú* (espécie de virtude, aptidão ou inteligência para empregar todos os meios que fossem necessários para se manter no cargo com estabilidade). Dentre as medidas possíveis de serem aplicadas havia a dissimulação, a aparência (necessidade de parecer bom perante o povo), a impiedade (matar os inimigos internos ou externos) e a crueldade (se necessária) (MAQUIAVEL, 2010).

A doutrina de Maquiavel forneceu uma decisiva contribuição para o início da transição, no mundo ocidental, da forma de governar: de poderes descentralizados, idealizados, essencialmente justificados no poder divino e muitas vezes associados à moral cristã, típicos da Idade Média, para um poder forte, centralizado, realista, secular, amoral e legalista, concentrado nas mãos dos reis, que predominaria nos séculos seguintes na Europa.

Seguindo a mesma linha de pensamento, o filósofo inglês Thomas Hobbes escreveu, no ano de 1651, a obra *Leviatã*, considerada um clássico da filosofia e da ciência política. Tal filósofo foi considerado o primeiro contratualista.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Assim podem ser classificados os filósofos que fundamentam a origem da sociedade e do Estado a partir do Contrato Social. Embora cada filósofo adote uma definição diversa para explicar o instituto e suas consequências, a fim de, com isso, melhor justificar racionalmente a sua própria teoria, o Contrato Social possui um núcleo comum: a explicação de que os seres humanos viviam previamente num estado de natureza, ou seja, num mundo sem regras e instituições, vivendo como os selvagens da pré-história, e aceitaram conceber a convivência mútua em sociedade – com regras e instituições

Para Hobbes, podem ser apontadas como características dos seres humanos no estado de natureza: a relativa condição de igualdade entre as pessoas e a conseqüente disputa pelos bens disponíveis (HOBBS, Capítulos XIII e XVII). Os seres humanos, assim, não seriam naturalmente sociáveis (ou um “animal social”, como apregoava Aristóteles) – ideia que norteava a sociedade ocidental desde os gregos antigos –, mas sim egoístas, orgulhosos, invejosos e dissimulados, o que faria com que houvesse uma frequente competição entre as pessoas, desconfianças mútuas e a busca da conquista do poder por ambição, segurança e glória. O resultado seria uma guerra de cada um contra cada um, de todos contra todos (HOBBS, Capítulos XIII e XVII).

Visando a garantir alguma segurança em meio ao caos vivido no estado de natureza, todos deveriam renunciar a parte dos direitos que detêm naquele estado (especialmente a liberdade irrestrita), delegando a sua vontade e poder de decisão a um soberano ou a uma assembleia de representantes, que exercerá(ão) o poder em nome de todos, formando o Estado (HOBBS, Capítulo XVII). Eis a origem, por meio de um contrato social, da sociedade civil e do governo.

Propunha Hobbes, assim, que as pessoas deixassem o estado de natureza e, por meio de um acordo comum (contrato social), passassem a viver em sociedade, sob a proteção do Estado – que exerceria o poder soberano e seria capaz, somente ele, de impor a ordem, instaurar um governo comum, com regras comuns e de exercer a plena justiça em sociedade (BITTAR, 2016, p. 198-199).

A aludida tese hobbsiana – de que o soberano deveria ter um poder absoluto (concentração de todos os poderes possíveis), irrevogável,

---

– para o fim de obterem benefícios mútuos. Assinam, assim, um contrato, pelo qual renunciam a certos direitos naturais (ex.: liberdade plena), em troca da obtenção de benefícios comuns a todos (ex.: segurança, estabilidade etc). Tal formulação, como expõem muitos filósofos iluministas, é apenas hipotética/racional, sem comprovação histórica ou empírica, servindo para explicar o surgimento da sociedade civil e do Estado.

ilimitado e sem responsabilização pessoal (HOBBS, Capítulo XVIII) – deu fundamento teórico às monarquias absolutistas que perduraram na Europa principalmente nos séculos XVII e XVIII.

O excesso de concentração de poderes em uma só pessoa – o soberano –, contudo, iria gerar acaloradas reações dos filósofos que apregoavam que somente a razão deveria nortear a vida em sociedade: foi o profícuo período do iluminismo.

Em seu livro “Segundo Tratado do Governo Civil”, John Locke iria se dedicar inicialmente a desconstruir o argumento – utilizado durante praticamente toda a Idade Média e em grande parte da Idade Moderna – de que os governantes seriam legítimos representantes de Deus na Terra (LOCKE, [19--?], p. 22-35).

Locke foi um contratualista – assim como Hobbes<sup>8</sup> e os principais iluministas – que formulou uma explicação diversa para a origem e a motivação do contrato social: para ele, os seres humanos viviam na mais perfeita liberdade e igualdade no estado de natureza, bem como em relativo estado de paz, concórdia e harmonia, onde tinham o direito (natural) à vida, à liberdade e aos bens (MELLO, 2006, p. 81-85).

Essa relativa situação de paz no estado de natureza seria regida por lei natural amparada na razão, que daria fundamentação teórica aos direitos naturais. Como este estado se caracterizaria pela ausência de leis positivas, as infrações à lei natural seriam objeto de julgamento e execução pelos próprios indivíduos – situação que poderia levar a um estado de guerra, motivo pelo qual era imprescindível a constituição da sociedade civil, com a delegação de poderes para que a sociedade decidisse as contendas por meio de leis previamente estabelecidas, com o julgamento por juízes imparciais e com sentenças dotadas de força

---

<sup>8</sup> Há muitas divergências e poucas convergências nas doutrinas de Hobbes e Locke, sendo a explicação racional do surgimento da sociedade civil por meio de um contrato social um dos poucos pontos em comum, ainda que com diferentes peculiaridades em cada teoria.

coercitiva. Eis aí “a base jurídica inicial e a gênese dos poderes legislativo e executivo, assim como dos governos e das próprias sociedades.” (LOCKE, [19--ç], p. 36-37 e 69).

Ao contrário de Hobbes, que previa um pacto irrevogável de submissão dos súditos ao soberano (fundamentando o poder absoluto deste), Locke propôs que o contrato social poderia ser rompido em determinadas hipóteses. Justificava que por ser o instrumento oriundo de um livre consentimento, ou seja, devido aos homens livremente concordarem em formar a sociedade civil ou política com a finalidade de melhor preservarem os seus direitos à vida, à liberdade e aos bens, caso houvesse violação desses direitos naturais pelo delegatário, o contrato estaria revogado e os cidadãos poderiam oferecer resistência às ordens estatais (MELLO, 2006, p. 86-88).

Anuncia Locke, assim, claros limites à atuação estatal,<sup>9</sup> apregoando a necessidade de existência de uma lei fundamental e da divisão dos poderes estatais, a prevalência do poder legislativo sobre o poder executivo e a necessidade de observância (numa espécie de gênese ao princípio da legalidade) das leis por qualquer deles (LOCKE, [19--ç], p. 71-72).

Tratava-se, assim, de uma teoria que prescrevia a observância da lei como limite à atuação do Estado, devendo ela ser criada sempre tendo por finalidade o bem do povo: por isso a importância dada ao poder legislativo (poder supremo), cujos membros melhor representariam os anseios da sociedade.

A existência de direitos naturais inalienáveis dos indivíduos, preexistentes ao Estado, cuja função essencial deste seria resguardar, foi uma das principais teses defendidas por John Locke, que até hoje inspira

---

<sup>9</sup> O objetivo do governo civil é criar instituições e mecanismos capazes de dar a efetiva proteção aos direitos naturais, quais sejam, a vida, a liberdade e os bens, tríade que Locke passa a denominar simplesmente de “propriedade” (LOCKE, [19--ç], p. 69).

o atual modelo de Estado Democrático de Direito, baseado num Estado liberal com previsão de direitos fundamentais.

No ano de 1748,<sup>10,11</sup> na França, Montesquieu escreve o seu mais famoso livro, *O Espírito das Leis*, no qual apresenta um novo conceito às leis: “em seu significado mais extenso, são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas.” (MONTESQUIEU, 1996, p. 11).

Tratava-se de uma grande inovação, porque até naquele momento a legislação era compreendida essencialmente sob três dimensões, todas associadas a características da “lei divina”. Com a nova definição dada por Montesquieu, as leis (positivas) teriam ligação com os mais diversos assuntos, como as dimensões do Estado, a organização do comércio, as relações entre classes etc. Tenta ele explicar, assim, a correlação existente entre a lei e as diversas instituições humanas, sua permanência e modificações, tudo a partir de dados empíricos – e é por isso que o aludido filósofo é considerado, até hoje, como o fundador da ciência política moderna.<sup>12</sup>

Montesquieu era um nobre que estava preocupado com a liberdade política, a qual, a princípio, somente seria encontrada nos governos moderados. Mas ela não existiria sempre nesses governos, mas somente quando não houvesse neles um abuso de poder:

[...] todo homem que possui poder é levado a abusar dele; ele vai até onde encontra limites. Quem diria! Até a virtude precisa de limites. *Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder.* Uma constituição pode

<sup>10</sup> O século XVIII foi considerado por muitos historiadores como sendo aquele em que ocorreu o ápice do Estado absolutista, caracterizado principalmente pela concentração dos poderes nas mãos do soberano (nos moldes apregoados por Hobbes) aliado à tese do direito divino dos reis para governar.

<sup>11</sup> O maior exemplo de monarquia absoluta é a do rei Luis XIV, que reinou de 1661 a 1715 na França. Sua famosa frase “O Estado sou eu”, resume bem a concentração de poderes estatais existente à época, tanto na elaboração das leis, na administração do reino e nos julgamentos dos conflitos (ARRUDA, 2005, p. 81-92).

<sup>12</sup> “Declarar Montesquieu o fundador da ciência política é uma verdade adquirida. Disse-o Auguste Comte, repetiu-o Durkheim e nunca ninguém contestou seriamente tal afirmação.” (ALTHUSSER, 1977, p. 17).

ser tal que ninguém seja obrigado a fazer as coisas a que a lei não obriga e a não fazer aquelas que a lei permite. (MONTESQUIEU, 1996, p. 166-167, grifo nosso).

Por consequência, a concentração de poderes tenderia a gerar abusos e excessos, governos despóticos e leis tirânicas (MONTESQUIEU, 1996, p. 168).

Segundo Mezzaroba (2007, p. 214-216), a grande contribuição de Montesquieu, que se inspirou no modelo inglês da época, foi anunciar um equilíbrio na gestão do poder estatal, por meio da teoria da tripartição dos poderes. O poder Legislativo (potência Legislativa), formado por representantes do povo e pelos nobres, deveria negociar e defender os interesses de seus representados, fazendo as leis, corrigindo-as ou revogando-as. O poder Executivo (potência Executiva) deveria executar as leis aprovadas pelo Legislativo. As vontades dos cidadãos estariam automaticamente contidas nas leis aprovadas no Parlamento, de forma que as ações do poder Executivo deveriam ficar restritas ao cumprimento dessas normas.<sup>13</sup> O poder Judiciário (potência de Julgar) deveria ser um poder neutro, cabendo a ele julgar os crimes e as demandas dos particulares.

Tratava-se da incipiente teoria do sistema de freios e contrapesos, ou a teoria da repartição dos poderes, que iria influenciar nas primeiras constituições escritas, bem como contribuir na formação do modelo de Estado adotado, posteriormente, na maioria dos países do mundo ocidental contemporâneo.

Dando sequência aos ilustres pensadores iluministas do século XVIII, menciona-se Jean-Jacques Rousseau, que foi um precursor, ao trazer importantes contribuições em diversas áreas, como filosofia, educação e ciência política, sendo considerado, pelos revolucionários da Revolução Francesa, como o patrono intelectual desta Insurreição.

---

<sup>13</sup> A Constituição do Estado definiria e daria os meios de atuação do poder Executivo, que estaria, no entanto, sempre vinculado às leis aprovadas no Parlamento (MEZZAROBA, 2007, p. 205).

Na sua obra *Discurso sobre a origem da desigualdade*, utilizando-se igualmente da figura do contrato social, Rousseau aponta que os seres humanos eram livres, viviam sozinhos ou em pequenos grupos, sob condições igualitárias e relativa paz, sendo felizes no estado de natureza, e que os grilhões, a ganância, a inveja, a infelicidade e a desigualdade social acentuada surgiram a partir do momento em que as pessoas se reuniram para viver em sociedade, onde passou a haver a exploração dos mais ricos, poderosos e/ou astutos sobre os mais pobres, oprimidos e ignorantes. Assim, a guerra de todos contra todos, segundo Rousseau, passou a existir somente após a formação da sociedade civil (ROUSSEAU, 2001).

Posteriormente, em *Do contrato social*, Rousseau irá dizer que embora os seres humanos já não possam mais viver como nômades em meio a natureza, a convivência atual na sociedade civil exige que certos direitos natos dos seres humanos – principalmente a liberdade e a igualdade – sejam preservados, disso resultando a importância em se definir os termos do contrato social (ROUSSEAU, 2014).

A grande inovação que tal pensador fornece, no entanto, é a noção de que o contrato social está respaldado e deve se basear na *vontade geral*, tese que irá contribuir decisivamente ao moderno conceito de democracia.

Rousseau resgata, assim, para os tempos modernos, a noção de que o interesse coletivo deve prevalecer sobre o individual – ideologia anteriormente adotada no período de ouro da filosofia grega clássica, embora sob justificação e com finalidade diversa.<sup>14</sup>

Não só a noção de coletividade é trazida pelo mencionado filósofo aos tempos modernos, mas o seu legado inclui, também, a introdução de definições que irão fundamentar o conceito de *soberania popular*. Para ele, o povo (e não os reis, os nobres, o clero ou qualquer representante de Deus na Terra) deveria ser o único e legítimo titular

<sup>14</sup> Uma vez que na Grécia antiga a noção de coletividade era baseada numa visão teleológica cósmica, enquanto na era moderna o fundamento será o contrato social e a sua explicação racional.

do poder na sociedade civil. Se o governante é mero representante do corpo coletivo, devendo respeitar a vontade geral, por conseguinte não pode haver qualquer distinção no tratamento dispensado aos governados (ROUSSEAU, 2014, p. 48-49).

Assim, de forma geral, podem ser elencadas como importantes criações ou aprimoramentos de ideias, doutrinas ou fundamentos, dados por Rousseau: a noção de bem comum (sobrepuesto aos interesses meramente individuais); a noção de soberania popular, por meio da vontade geral e do sistema democrático de governo; o princípio da legalidade (por meio do qual os governantes também seriam obrigados a obedecer a leis).

## **2 AS REVOLUÇÕES LIBERAIS NOS SÉCULOS XVII E XVIII: A GÊNESE DO CONSTITUCIONALISMO**

Como visto no capítulo anterior, as teses filosóficas que deram sustentação ao surgimento e à consolidação do Estado, bem como hígidez ao movimento iluminista na Idade Moderna, resultariam, com o decorrer do tempo, em importantes inovações na forma e na estrutura dos governos, bem como no reconhecimento e implementação de direitos e garantias individuais dos cidadãos. Podem ser mencionadas, resumidamente, algumas dessas inovações advindas:

- a. laicidade nos atos e ordens governamentais (Maquiavel);
- b. formação e fortalecimento do Estado (Hobbes);
- c. existência de direitos naturais inalienáveis dos indivíduos, preexistentes ao Estado, cuja função essencial deste seria resguardar (Locke);
- d. teoria da repartição dos poderes como sistema de freios e contrapesos ao poder do Estado (Montesquieu);

- e. existência de “bem comum”, “soberania popular” e “vontade geral”, além da necessidade de adoção de sistemas democráticos de governo (Rousseau); e
- f. gênese ao princípio da legalidade e do Estado de direito (Locke, Montesquieu e Rousseau).

Sob a efervescência dessas novas ideias, iriam emergir, no mundo ocidental, as Revoluções Gloriosa, Americana e Francesa, ocorridas nos séculos XVII e XVIII.

Segundo Wilson Steinmetz (2004, p. 67), para a formação da primeira fase do constitucionalismo – também denominado de constitucionalismo liberal –, três acontecimentos históricos podem ser considerados decisivos: i) a Revolução Gloriosa (1688), que deu ensejo ao *Bill of Rights* (1689); ii) a independência das colônias inglesas na América do Norte (1776), que possibilitaram a elaboração da Constituição dos Estados Unidos da América (1787) e o *Bill of Rights* americano (1791); e, iii) a Revolução Francesa (1789), que deu origem à primeira Constituição francesa (1791). Esses três importantes acontecimentos chancelaram a vitória do constitucionalismo revolucionário liberal do século XVII e criaram as condições políticas para a construção, no século XVIII, do Estado de Direito (segundo a denominação utilizada pela Escola de Direito Público alemã do século XIX).

A Revolução Gloriosa foi um evento político ocorrido entre 1688 e 1689 na Inglaterra. Como consequência dessa Revolução, o Parlamento Britânico aprovou um documento que para muitos teve sentido de uma nova Magna Carta,<sup>15</sup> sob o título oficial “Um ato declarando os direitos e as liberdades da pessoa e ajustando a sucessão da

<sup>15</sup> Documento de 1215 que limitou o poder do rei João Sem-Terra, na Inglaterra. Segundo os termos da Magna Carta, o monarca deveria, dentre outras obrigações, reconhecer que a sua vontade estaria limitada à lei. Muitos doutrinadores consideraram tal documento o início, a partir da Idade Média, de um longo processo histórico que resultaria no surgimento do constitucionalismo.

coroa”. O novo documento aprovado foi promulgado como declaração com força de lei, razão pela qual passou a ser conhecido como *Bill of Rights* (DALLARI, 2011, p. 208).

São algumas das previsões anunciadas nessa Declaração de Direitos: que as eleições para compor o Parlamento deveriam ser livres; que a liberdade de discurso, debate e procedimentos no Parlamento não deveria estar sujeita a qualquer revisão externa; ilegalidade do monarca, sem o consentimento do Parlamento, revogar ou suspender as leis ou o seu cumprimento; que toda cobrança de novos tribunos pela Coroa deveria ter a chancela do Parlamento; imprescindibilidade do rei convocar com frequência os Parlamentos para retificar, ratificar e conservar as leis (BILL OF RIGHTS, 1688).

Na Inglaterra do século XVII, por conseguinte, a Revolução Gloriosa resultou na divisão de poderes com a supremacia do Parlamento. Com isso, foi consagrada a ideia de que o governo deve ser de leis e não de homens (DALLARI, 2011, p. 198).

Posteriormente, no ano de 1776 e na América do Norte, irrompe a Guerra de Independência dos Estados Unidos, também conhecida como Revolução Americana. Tal guerra termina em 1783, quando, por meio do Tratado de Paris, a Grã-Bretanha reconhece oficialmente a independência das Treze Colônias norte-americanas.

No ano de 1787, na Convenção da Filadélfia, reúnem-se os representantes do novo povo independente para aprovar a Constituição dos Estados Unidos da América. Em 1791 são aprovadas as dez primeiras emendas à Constituição, cujo documento passou a ser conhecido como *United States Bill of Rights*.

A partir da leitura da Constituição Americana de 1787, das suas dez primeiras emendas, dos textos de *O Federalista*<sup>16</sup> (HAMILTON,

---

<sup>16</sup> A Declaração de Direitos norte-americana foi precedida e incentivada por uma série de artigos publicados na imprensa de Nova York, por três pensadores (Alexander Hamilton, James Madison

1840) e dos comentários realizados por Limongi (2006, p. 245-255), é possível verificar que tais eventos trouxeram diversos aprimoramentos ao modelo de organização estatal ocidental, tais como:

- a. sistema federativo: uma inovação, uma vez que o usual, à época, era o sistema de confederação de Estados;
- b. sistema de freios e contrapesos: com inspiração em Montesquieu (o no Bill of Rights britânico), a teoria da separação dos poderes foi implementada em solo americano com grande destaque, por meio de previsão da Constituição;
- c. limites à atuação estatal: pode ser mencionado como exemplo o teor da primeira emenda, que prevê que o governo não poderá fazer leis para impor uma religião ou proibir o livre exercício dos cultos (liberdade de religião), cercear a liberdade de expressão ou de imprensa (liberdade de expressão e de imprensa) ou impedir reuniões que tenham finalidades pacíficas (direito de reunião);
- d. fortalecimento do Poder Judiciário: com fundamento na teoria da separação dos poderes e na efetiva adoção de um sistema de freios e contrapesos, a Constituição Americana fortalece o papel do Poder Judiciário, ao definir que seria ele o legítimo intérprete da Constituição; e
- e. constitucionalismo: a Constituição Americana é um grandesímbolo e modelo ao movimento constitucionalista,

---

e John Jay) que haviam lutado pela independência dos EUA e defendiam, em seus escritos, como deveria ser o formato do novo governo em construção, ou seja, qual seria a teoria política que deveria fundamentar o novo texto constitucional. Tais artigos, que influenciaram decisivamente ao teor das primeiras emendas à Constituição norte-americana, foram reunidos no livro denominado “O Federalista” (LIMONGI, 2006, p. 245-247).

que iria se erigir e se estender a inúmeros países ocidentais nos séculos seguintes, como é o caso do Brasil.<sup>17,18,19</sup>

A história do direito constitucional americano, segundo Barroso (2010, p. 20), pode ser contada a partir das decisões da Suprema Corte, órgão supremo do Poder Judiciário. Desde que avocou a condição de intérprete da Constituição, sua trajetória é marcada por ora por avanços, ora por retrocessos. A concisão do texto constitucional e suas cláusulas gerais e abertas, assim, deram à Suprema Corte um papel privilegiado na interpretação e definição das instituições republicanas e dos valores da sociedade americana.

Prosseguindo na análise das revoluções liberais, no século XVIII, na Europa, ante a efervescência dos ideais iluministas, eclode a revolta que simbolizou a principal mudança nas estruturas de poder no mundo ocidental moderno: trata-se da Revolução Francesa, ocorrida no ano de 1789.

Segundo Bobbio (2004, p. 103-119), a queda do Antigo Regime na França gera duas grandes consequências: a renúncia aos privilégios dos nobres (4/8/1789) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (26/8/1789). Embora sob motivações diversas, a Declaração

---

<sup>17</sup> “O federalismo brasileiro, nos moldes da Constituição de 1891, fora de fato influenciado pelas ideais norte-americanas, concebidas por Madison, Hamilton e Jay, autores do documento intitulado O Federalista, cujos princípios fundamentais do regime político foram instaurados por meio de um sistema republicano, presidencialista, federal, com Congresso bicameral e com Poder Judicial Federal, que tem com função o controle da constitucionalidade de leis a atos estatais.” (FEIJÓ; HISSA, 2013, p. 14).

<sup>18</sup> [...] “Há forte influência do federalismo americano clássico (dual), onde há repartição horizontal de competências, atribuindo a cada ente federativo matéria específica, na Constituição de 1891, que inaugura, no ordem política da nação, a um só tempo, e por decreto, a República, a Federação e a forma presidencial de governo.” (LEITÃO, 2013, p. 380-381).

<sup>19</sup> “Levando em consideração as peculiaridades da instituição do federalismo no Brasil e fazendo um contraponto com a experiência norte-americana, necessário se faz reconhecer a forte influência dos ‘Artigos Federalistas’ e da Constituição norte-americana de 1787 no surgimento do federalismo ‘típico’ brasileiro.” (LIMA, 2011, p. 135)

dos Direitos do Homem e do Cidadão possui inspiração no *Bill of Rights* americano.<sup>20</sup>

Norberto Bobbio ainda destaca que embora houvesse os conhecidos excessos, a Revolução Francesa foi a responsável pela transformação do antigo regime num modelo de Estado totalmente novo. Até aquele momento a quase totalidade dos códigos previa direitos aos governantes e obrigações aos súditos. Com a Revolução, foi a primeira vez que essa relação foi invertida de uma forma geral, contendo previsão de obrigações ao Estado/governante e de direitos aos cidadãos (BOBBIO, 2004, p. 79-102), ocasionando a mudança do Estado absolutista (poder ilimitado) para um Estado de direito (poder limitado). Assim, os direitos humanos evoluem da sua característica meramente abstrata-filosófica para uma maior efetividade, ao serem positivados nas legislações dos países (BOBBIO, 2004, p. 25-45). Nesse processo ocorre a transformação dos direitos naturais da fase iluminista em direitos fundamentais dos seres humanos, sendo a Constituição o mais valioso instrumento formal de sua previsão.

Para Luís Roberto Barroso, a Revolução Francesa trouxe diversos benefícios, principalmente para as instituições políticas e ao constitucionalismo, por meio da consolidação de valores como o sufrágio universal, a soberania popular, a separação de Poderes e a proteção dos direitos individuais (BARROSO, 2010, p. 28). Sob o amparo da Constituição, o Estado moderno se consolida, ao longo do século XIX, sob a forma de Estado de direito. O núcleo essencial das primeiras constituições escritas é composto por normas de repartição e limitação do poder, compreendendo a proteção dos direitos individuais em face do

---

<sup>20</sup> Embora a Declaração na França tenha sido mais influenciada pela “vontade geral” de Rousseau. As motivações de ambas revoluções, no entanto, foram diversas: nos EUA constituir uma nova nação, espelhando-se na monarquia inglesa mas com independência; na França foi romper totalmente com o ancien régime (BOBBIO, 2004, p. 103-119).

Estado (BARROSO, 2010, p. 40-41), daí a justificativa para a denominação *constitucionalismo liberal*.

Para o mesmo autor (BARROSO, 2010, p. 78-79), embora o constitucionalismo americano e o francês sejam fenômenos contemporâneos e tenham compartilhado fundamentos comuns, as suas influências históricas, políticas e doutrinárias foram diversas, dando (inicial) origem a modelos constitucionais bem distintos (que só vieram a se aproximar na segunda metade do século XX). Nos EUA, a Constituição teve o caráter de documento jurídico, normativo, passível de aplicação direta e imediata do Poder Judiciário. Já no “modelo francês, que se irradiou pela Europa, a Constituição tinha natureza essencialmente política e sua interpretação era obra do Parlamento, e não de juízes e tribunais.” (BARROSO, 2010, p. 78).

Tal visão é corroborada por Paulo Gustavo Gonet Branco (2016, p. 45-53), para quem o modelo constitucional francês – que sofreu grande influência da expressão *vontade geral* de Rousseau, bem como devidos às desconfianças dos revolucionários em relação ao rei e aos magistrados da época, acusados de quererem manter o antigo regime –, foi fundado dando preponderância ao Legislativo, poder ao qual, inclusive, foi delegada a atribuição de interpretar a lei em casos de reiterada divergência interpretativa. No modelo francês, onde o Legislativo era considerado o legítimo representante do povo, era inconcebível que o Judiciário pudesse revisar os atos do Parlamento. A doutrina do *judicial review* e o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, assim, seriam essencialmente fruto da experiência estadunidense advinda nos séculos XVIII e XIX.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 38-40), o modelo constitucional inglês, norte-americano e francês, constituem os “pilares do constitucionalismo na sua versão moderna, o qual, em seus traços essenciais, segue marcando o constitucionalismo contemporâneo” (SARLET, 2015, p. 38).

Não há como se negar, assim, a enorme influência das revoluções liberais na origem do constitucionalismo – a qual perdura, em alguns temas, até os dias atuais -, embora se trate de um processo em constante modificação, como destaca o mesmo autor:

“Todavia, o processo de afirmação e reconstrução do Estado (Constitucional) de Direito, que nasceu como um Estado Liberal de Direito, revela que se trata de urna trajetória gradual, marcada pelo surgimento de outras experiências constitucionais que exerceram sua influência e são dignas de nota, seja pelas suas peculiaridades, seja pela influência gerada no que diz com a reconstrução do próprio constitucionalismo, que, ao longo do século XIX, vivenciou um processo de significativa ampliação, inclusive na América do Sul e Central. (SARLET, 2015, p. 51-52).

### 3 CONCLUSÃO

A partir dos acontecimentos históricos e fundamentos filosóficos relatados, é possível observar que, no decorrer dos séculos XV a XIX, houve uma evolução no conceito e na modalidade de governo existentes no mundo ocidental: inicialmente de um governar desfragmentado e atrelado a moral religiosa (Idade Média) para a formação do Estado laico e centralizador (Estado absolutista da Idade Moderna). Contribuíram em tal processo evolutivo as teorias de Nicolau Maquiavel e Thomas Hobbes, aquele para fins de implementação da laicidade nos governos e este para o surgimento e a consolidação do Estado moderno.

Posteriormente, John Locke defendeu a existência dos direitos naturais imanentes aos indivíduos, preexistentes ao Estado, cuja função essencial deste seria resguardar. Suas ideias inspiram, até hoje, modelos de Estado Democrático de Direito no mundo ocidental, baseados num Estado liberal com previsão de direitos fundamentais.

Contribuindo para a disseminação dos ideais iluministas que defendiam o uso da razão, as doutrinas de Montesquieu e Jean-Jacques Rousseau deixaram legados, consistentes, respectivamente, em

mecanismos de freios e contrapesos (com a divisão/ tripartição dos poderes estatais) e em noções de bem comum, soberania popular e democracia.

Tais fundamentos filosóficos— aliados aos contextos sociais e históricos dos respectivos povos, na época —influenciaram na ocorrência das Revoluções Gloriosa, Americana e Francesa, as quais deixaram importantíssimas contribuições como, dentre outras, a edição de constituições que visavam ao resguardo, principalmente, da liberdade dos cidadãos frente aos abusos estatais (governos absolutistas) do passado.

Não há dúvidas, portanto, que tais fundamentos filosóficos e fatos históricos, oriundos do mundo ocidental moderno, foram decisivos para o surgimento do constitucionalismo.

Em tempos atuais, quando algumas nações ainda flertam com regimes não democráticos, importantesse tornam tais lições oriundas da Idade Moderna, onde pensadores e povos combateram o absolutismo/ despotismo monárquico, lutando por direitos de liberdade e igualdade.

## REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. Montesquieu: a política e a história. Tradução: Luz Cary e Luisa Costa. 2. ed. Lisboa: Editorial Presença, 1977. Título original: Montesquieu la politique et l’histoire.

ARRUDA, José Jobson. Nova história moderna e contemporânea: da transição feudalismo-capitalismo à Guerra de Secessão dos Estados Unidos. Vol. 1. Bauru: Edusc, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BILL OF RIGHTS. 1688. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/aep/WillandMarSess2/1/2/data.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2019.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Teoria do Estado: filosofia política e teoria da democracia. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Título original: *L'età dei Diritti*.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. O valor da Constituição – perspectiva histórica. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 39-54.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do estado. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FEIJÓ, Alexandro Rahbani Aragão; HISSA, Carolina Soares. A Constituição Brasileira de 1891 e o Federalismo Norte-Americano. In: MORAES, Filomeno (coord.). Teoria do Poder. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 1-18.

HAMILTON, A. Capítulo LI: continuação do mesmo assumpto. In: HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. O Federalista. Tomo Segundo. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e Comp, 1840.

HOBBS, Thomas. Leviatã. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh\\_thomas\\_hobbes\\_leviatan.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf). Acesso em: 24 jun. 2018.

LEITÃO, Roberto Guilherme Leitão. Engenho Federativo e Disparidades Socioespaciais: repasse crítico das políticas de enfrentamento das desigualdades sociais e regionais consagradas na Constituição de 1988. In: MORAES, Filomeno (coord.). Teoria do Poder. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 365-384.

LIMA, Rogério de Araújo. Os artigos federalistas: a contribuição de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay para o surgimento do Federalismo no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, ano 48, n. 192, p. 125- 136, out./dez. 2011.

LIMONGI, Fernando Papaterra. “O Federalista”: remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). *Os clássicos da política*. Volume 1. Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O Federalista”. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006. p. 243-255.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo civil. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. São Paulo: Vozes [19--?]. Disponível em: [http://www.xr.pro.br/if/locke-segundo\\_tratado\\_sobre\\_o\\_governo.pdf](http://www.xr.pro.br/if/locke-segundo_tratado_sobre_o_governo.pdf). Acesso em: 29 jun. 2018.

MAQUIAVEL, Nicolau. O príncipe. Tradução: Maurício Santana Dias. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2010. Título original: *De principatibus*.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). *Os clássicos da política*. Volume 1. Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O Federalista”. 14. ed. São Paulo: Ática, 2006. p. 79-89.

MEZZARROBA, Orides. Montesquieu. In: MEZZARROBA, Orides (org.). *Humanismo político: presença humanista no transverso do pensamento político*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 209-217.

MEZZARROBA, Orides. Jean-Jacques Rousseau. In: MEZZARROBA, Orides (org.). *Humanismo político: presença humanista no transverso do pensamento político*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 195-207.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O espírito das leis. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martim Fontes, 1996. Título original: *L'esprit des lois*.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem da desigualdade. Tradução: Maria Lacerda de Moura. 2001. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/desigualdade.pdf>. Acesso em: 8 maio 2018.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. Tradução: Ricardo Marcelino Palo Rodrigues. São Paulo: Hunterbooks, 2014. Título original: Du contrat social: principes du droit politique.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Constituição em perspectiva histórico-evolutiva: dos antecedentes à afirmação do constitucionalismo moderno e do assim chamado Estado Constitucional. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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



# O DANO AO PROJETO DE VIDA E O FEMINICÍDIO

Rosana Walter<sup>21</sup>

## RESUMO

O presente artigo apresenta uma análise acerca do dano extrapatrimonial e do denominado dano ao projeto de vida, bem como da possibilidade de seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico brasileiro em casos de feminicídio envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher. Em sociedades marcadas pela cultura do patriarcado muitas mulheres são impedidas de tomar frente do fluxo de suas escolhas e aspirações em detrimento de um relacionamento marcado por diversos tipos de violência e que, não raras vezes, termina com sua morte, causada justamente por seus parceiros íntimos. Pretende-se, assim, analisar se o feminicídio, praticado em contexto de violência doméstica e familiar, pode, em determinados casos, ser elemento caracterizador do dano ao projeto de vida.

**Palavras-chave:** Dano ao projeto de vida. Gênero. Feminicídio.

## I INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por tema o feminicídio praticado em circunstâncias de violência doméstica e familiar enquanto elemento ensejador do denominado dano ao projeto de vida.

Inicialmente, abordar-se-á resumidamente o fenômeno da constitucionalização do direito civil e do tratamento dado ao dano extrapatrimonial no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando conceitos acerca do dano moral e do denominado dano ao projeto de vida.

---

<sup>21</sup> Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó, linha de pesquisa Direitos Fundamentais Cíveis: A Ampliação dos Direitos Subjetivos.

Em seguida, sob o olhar desse novo direito civil constitucional, pretende-se analisar se o feminicídio, praticado em contexto de violência doméstica e familiar baseado no sistema de exploração do patriarcado, pode ser elemento caracterizador do dano ao projeto de vida. Isso porque é nesse contexto que, muitas mulheres, apesar de terem abdicado de seus propósitos de vida, acabam sendo mortas ou quase mortas por seus maridos ou companheiros.

Pretende-se, assim, verificar se, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, há espaço para o acolhimento do chamado dano ao projeto de vida.

O trabalho adotou o método lógico de investigação dedutivo, utilizando-se da pesquisa bibliográfica.

De se pontuar que o presente trabalho não tem a pretensão de esgotar o tema, mas de lançar luzes sobre a possibilidade de fixação dessa nova espécie de dano imaterial, muito debatida no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

## **2 O DANO EXTRAPATRIMONIAL E O DENOMINADO DANO AO PROJETO DE VIDA**

Os acontecimentos após a Segunda Guerra Mundial abriram caminho para a constitucionalização dos direitos fundamentais civis, conferindo-lhes status de norma constitucional e de direito fundamental.

As constituições, originalmente dedicadas à estrutura e organização do Estado, passaram a incorporar institutos nucleares do direito privado, influenciadas, notadamente, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, conduzindo a um processo de personalização do direito civil, o qual deixa de ser guiado pelos valores burgueses da propriedade e autonomia privada, para se voltar à tutela da pessoa, considerada em toda a sua diversidade e complexidade (ZANINI, 2011).

A par disso, temos uma nova hermenêutica. A constitucionalização dos direitos fundamentais representou, também, um novo processo de interpretação da Constituição, superando a total separação do direito e da moral, na forma proposta por Kelsen. O pós-positivismo passou a exigir uma relação de complementariedade e de relações sistêmicas entre o direito e a moral, e a interpretação de um direito fundamental passou a significar um vetor.

No Brasil, a tutela da pessoa e da sua dignidade foi erigida como princípio fundamental da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, CF/88<sup>22</sup>), tornando-se a chave de leitura e da interpretação dos demais princípios fundamentais e de todos os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição (ZANINI, 2011), assim como uma cláusula geral de tutela do ser humano.

Nessa linha, o Código Civil de 2002 alterou toda a principiologia do direito privado adotada pelo Código Civil de 1916, que era essencialmente patrimonialista e individualista, e apontou a eticidade, a socialidade e a operabilidade como princípios norteadores do novo direito civil constitucional (TARTUCE, 2016).

Na mesma trajetória, o mais novo Código de Processo Civil, expressamente, incorporou princípios de ordem constitucional, ao estabelecer que, na aplicação do ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana (art. 8º, da Lei n. 13.105/2015<sup>23</sup>).

Sendo a pessoa o núcleo de toda a nova ordem jurídica, a Constituição passa a adotar em seu texto, de forma expressa, a

<sup>22</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:  
[...]

<sup>1</sup>II - a dignidade da pessoa humana;

<sup>23</sup> Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

possibilidade de indenização por dano extrapatrimonial (art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal de 1988<sup>24</sup>).

No Código Civil de 2002 a cláusula geral de fundamento da pretensão indenizatória encontra-se prevista no art. 186, ao estabelecer que comete ato ilícito aquele, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral.

A conceituação de dano moral não é tarefa simples. Há quem adote um critério negativo, por exclusão, segundo o qual o dano moral seria aquele desprovido de caráter patrimonial, ou seja, seria todo dano não material. É um conceito que nada diz (CAVALIERI FILHO, 2015). Por outro lado, aqueles que preferem um conceito positivo afirmam que “*dano moral* é dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação – enfim, dor da alma.” (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 116).

Sob o olhar da Constituição Federal de 1988, o dano moral ainda se apresentaria sob aspectos distintos. Em seu *sentido estrito* representaria a violação do direito à dignidade, base para a plena reparação do dano moral (CAVALIERI FILHO, 2015). Essa perspectiva, segundo a qual dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, e não causa (CAVALIERI FILHO, 2015) seria atribuída a Kant, para quem:

A dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, ou seja, que não é passível de ser substituído por um equivalente. É uma qualidade inerente aos seres humanos enquanto entes morais. Na medida em que exercem de forma autônoma a sua razão prática, os seres humanos constroem distintas personalidades humanas, cada uma delas absolutamente individual e insubstituível. A dignidade é totalmente inseparável da autonomia para o exercício da razão prática. A vida só vale a pena se digna. (KANT apud CAVALIERI FILHO, 2015, p. 117).

<sup>24</sup> 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:

<sup>V</sup> - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

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

Em *sentido amplo*, o dano moral se caracterizaria pela violação de algum direito ou atributo da personalidade, inerentes à pessoa humana, e que podem ser violados em diferentes níveis, daí porque o dano moral envolveria esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrangendo “todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada” (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 119), sendo apropriado chamá-lo de dano imaterial ou não patrimonial.

Diversamente do dano patrimonial, em que o agente do ato ilícito indeniza o ofendido com o bem ou valor indevidamente desfalcado, a esfera íntima não admite esse tipo de recomposição, já que o mal causado à honra, à intimidade, ao nome, em princípio, é irreversível (THEODORO JÚNIOR, 2001).

A ideia é que a reparação assuma status de sanção à conduta ilícita do agente provocador do dano, de modo que se atribui “um valor à reparação com o duplo objetivo de atenuar o sofrimento injusto do lesado e de coibir a reincidência do agente na prática de tal ofensa.” (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 3).

É a preocupação com a pessoa humana que fundamenta e justifica a reparação de danos imateriais em extensão antes sequer pensada, a exemplo do dano existencial e do dano ao projeto de vida.

De regra, no Brasil, ambos são tratados como sinônimos, mas é possível distingui-los e compreender que todo o dano ao projeto de vida é um dano existencial, ou seja, é uma espécie deste, específico aos casos em que há a inviabilização do projeto de vida desenvolvido até então pela vítima no âmbito da sua autonomia privada (SCHÄFER; MACHADO, 2013).

O dano existencial, no direito italiano, ocorre sempre que houver violação a qualquer direito fundamental da pessoa e que opere uma modificação negativa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades

que ele exerce com relação ao projeto de vida pessoal, independentemente de prejuízo econômico (SCHÄFER; MACHADO, 2013).

O dano ao projeto de vida, enquanto espécie do dano existencial, mostra-se mais preciso, mais circunscrito, pois decorre da autodeterminação e das escolhas que o homem pode fazer em sua vida com o objetivo de alcançar um projeto de vida futuro. Suas escolhas são frustradas pela ação de terceiros ou quando o indivíduo é obrigado a ter que reformular, por ato lesivo de outrem, suas próprias escolhas (WESENDOK apud SCHÄFER; MACHADO, 2013).

Sessarego (apud SCHÄFER; MACHADO, 2013), estudioso do tema, bem ressalta que o homem é o único ser que projeta seu futuro, pois pertence à natureza humana a possibilidade de fazer escolhas como forma de livre desenvolvimento da personalidade. E, essa liberdade é decorrente também autonomia individual para tomar decisões e escolher um projeto de vida de acordo com as possibilidades e vocações, com vistas a criar uma identidade pessoal. É um dano que compromete e frustra as escolhas, que impede o desenvolvimento da personalidade, das escolhas que correspondem ao sentido e projeto da vida (SESSAREGO apud SCHÄFER; MACHADO, 2013).

É evidente, pois, que esse tipo de dano provoca, na grande maioria das vezes, transtornos de cunho existencial, pois afeta a liberdade de agir da pessoa, que é tolhida pelo agente que impede o desenvolvimento da personalidade da vítima de acordo com a vontade desta. O dano ao projeto de vida ocorre quando se interfere no destino da pessoa, frustrando, aviltando ou postergando a sua realização pessoal (SCHÄFER; MACHADO, 2013).

Tal espécie de dano tem sido muito debatida no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Com efeito, Sergio Garcia Ramírez, juiz de Corte Interamericana de Direitos Humanos, debruçando-se sobre o tema, pontuou que:

O denominado projeto de vida atende à realização integral da pessoa afetada, considerando sua vocação, circunstâncias, potencialidades e aspirações, que lhe permitem estabelecer razoavelmente determinadas expectativas e atingi-las. A noção de dano ao projeto de vida se elabora em torno da ideia de realização pessoal e tem como referências diversos dados da personalidade e desenvolvimento individual, que sustentam as expectativas do indivíduo e sua capacidade para alcançá-las. (RAMÍREZ, 2005, p. 66-68).

No âmbito internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tratou do tema relacionado ao dano ao projeto de vida nos casos *Benavides vs. Peru*, *Gerlman vs. Uruguai*, *Cabrera Garcia vs. México* e *Atala Riffo vs. Chile* (SCHÄFER; MACHADO, 2013).

### **3 O DANO AO PROJETO DE VIDA E O FEMINICÍDIO EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR**

No julgamento do Caso *González e outros* (“*Campo Algodoneiro*”) vs. México, pautado em fatos ocorridos em Ciudad Juárez, no México, em que, desde 1993, registrou-se um aumento significativo de homicídios de mulheres influenciado por uma cultura de discriminação contra a mulher, apesar de ter sido a primeira vez que um tribunal internacional tenha reconhecido a existência do feminicídio como crime, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu ser inviável reconhecer o dano ao projeto de vida quando as vítimas não estiverem vivas, sob o argumento de que seria impossível repor as expectativas de realização que razoavelmente toda pessoa tem (PAIVA; HEEMANN, 2017).

A despeito do entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso específico acima referido, cabe refletir se o feminicídio pode, em determinados casos, ser caracterizado no ordenamento jurídico interno como um dano a um projeto de vida.

Como se sabe, o feminicídio consiste na morte de mulher em razão da condição do sexo feminino (violência de gênero quanto ao sexo) (CUNHA, 2016).

No Brasil, a morte de mulheres pelo simples fato de serem mulheres está prevista como qualificadora do crime de homicídio<sup>25</sup> e, para sua incidência, exige-se que a violência praticada contra a mulher ocorra “em contexto caracterizado por relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher em condição de vulnerabilidade” (CUNHA, 2016, p. 63).

A regulamentação do feminicídio, que tem suas bases nos fatos ocorridos em Ciudad Juárez, no México, é fenômeno recente no Brasil. Sem adentrar especificamente nos aspectos penais do tipo incriminador, deve-se ressaltar que o próprio legislador estabeleceu existir razões de condição de sexo feminino quando o crime envolver violência doméstica e familiar, cujo conceito se remete ao art. 5º da Lei n. 11.340/2006<sup>26</sup>,

---

<sup>25</sup> Homicídio simples

Art. 121. Matar alguém:

Penal - reclusão, de seis a vinte anos. [...]

Feminicídio (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

<sup>V</sup> I - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015) [...]

<sup>§</sup> 2º - A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

<sup>I</sup> - violência doméstica e familiar; (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

<sup>II</sup> - menosprezo ou discriminação à condição de mulher. (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015) [...]

<sup>§</sup> 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

<sup>I</sup> - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)

<sup>II</sup> - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos, com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental; (Redação dada pela Lei nº 13.771, de 2018)

<sup>III</sup> - na presença física ou virtual de descendente ou de ascendente da vítima; (Redação dada pela Lei nº 13.771, de 2018)

<sup>IV</sup> - em descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 22 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. (Incluído pela Lei nº 13.771, de 2018)

<sup>26</sup> Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

<sup>I</sup> - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

ou por menosprezo ou discriminação à condição de mulher, de modo a abranger os crimes que são praticados fora do contexto familiar.

É pertinente, assim, discutir se o feminicídio praticado no contexto de violência doméstica e familiar (inciso I) pode, eventualmente, caracterizar o dano imaterial e existencial na espécie do dano ao projeto.

Em famílias tradicionais, constituídas sob o sistema do patriarcado, não são raras as mulheres que são amputadas no desenvolvimento e no uso da razão e no exercício do poder. Essas mulheres foram “socializadas” por seus pelas famílias e depois pelos maridos para desenvolverem determinado padrão de comportamento: não experimentam outros relacionamentos, casam-se jovens, precisam ser dóceis, pacientes, atenciosas, férteis – sim, porque é requisito gerar filhos, e mais de um –, devem dedicar-se exclusivamente ao marido, aos filhos e aos deveres domésticos.

O incremento da intelectualidade através do estudo e o exercício de atividade laborativa fora do ambiente doméstico é algo muitas vezes inconcebível. E, quando se cogita esta última hipótese é porque se admite que mulher apenas “complemente” a renda do marido, que é o provedor, o qual acaba por controlar toda a sua liberdade e vida financeira. O papel de provedor das necessidades materiais da família se consubstancia na representação da masculinidade do varão (SAFFIOTI, 2015), indicando que o papel da mulher é sempre secundário, acessório, subsidiário.

O patriarcado não é só um sistema de dominação baseado na ideologia machista, mas também um sistema de exploração (SAFFIOTI, 2002), pois os homens se apropriam do trabalho e do tempo de suas mulheres,

---

<sup>1</sup>I - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

<sup>2</sup>II - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

<sup>3</sup>parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

as quais passam a viver em regime de verdadeira servidão doméstica, executando somente aquilo que é funcional e permitido pelos homens.

E assim se constrói uma identidade social para a mulher, conferindo-lhe um papel diametralmente oposto ao do homem. A socialização dos filhos é tarefa atribuída tão somente à mulher, assim como o espaço doméstico.

A sociedade, constituída por uma infinidade de núcleos familiares tradicionais, investe no processo de naturalização da ideia de que a atribuição do espaço doméstico à mulher decorre da sua capacidade de ser mãe (SAFFIOTI, 2002). Esse fenômeno existe porque passa por um processo de construção social da inferioridade da mulher alinhada à construção social da supremacia masculina. A mulher deve ser dócil, mas o homem macho; a mulher deve ser frágil, mas o homem forte; a mulher deve ser inferior, o homem superior (SAFFIOTI, 2002). A patrilocalidade da família se define pela obrigatoriedade de a mulher passar a integrar a comunidade do marido (SAFFIOTI, 2002) e há muitas mulheres que sequer questionam essa inferioridade social.

A equivocada consciência de poder concede ao varão o suposto direito de usar e força física e a sua superioridade corporal. (DIAS, 2012). Ao homem sempre coube o espaço público, ao passo que à mulher sempre coube a responsabilidade pelo espaço doméstico e pelos filhos, ensejando “a formação de dois mundos: um de dominação, externo, produtor; outro de submissão, interno e reprodutor. Ambos os universos, ativo e passivo, criam polos de dominação e submissão.” (DIAS, 2012, p. 19). O medo, a dependência econômica, o silêncio, a solidão caracterizam a perversidade desse ciclo (DIAS, 2012), já que o patriarcado se baseia no controle e no medo, atitude/sentimento que formam um círculo vicioso (SAFFIOTI, 2015).

Nesse contexto é que o homem se acha no direito de espancar sua mulher, até mesmo porque, em muitos casos, ela foi educada e socializada para se submeter aos desejos masculinos, compreendendo

esse fenômeno até mesmo como natural (SAFFIOTI, 2002). Se a mulher enfrenta, se “decide infringir a norma e desfrutar do prazer junto a um amante, merece, de acordo com a cartilha da ideologia dominante, ser assassinada pelo marido.” (SAFFIOTI, 2002, p. 35).

A violência apresenta-se, primeiro, como psicológica, patrimonial, e depois, física. O homem enfraquece toda rede de apoio da mulher, humilhando-a diante dos filhos, da família extensa e dos amigos, isolando-a do convívio social e da possibilidade de buscar ajuda e tornar público um pedido de socorro. A violência, de todos os tipos, passa a se tornar habitual até culminar na morte, ou tentativa dela, que, inegavelmente ocorre por questões de discriminação do gênero feminino.

Esse é, com efeito, uma das características que define feminicídio. Não se trata de um fato isolado na vida das mulheres vitimizadas, pois se apresenta como “o ponto final em um *continuum* de terror, que inclui abusos verbais e físicos e uma extensa gama de manifestações de violência e privações a que as mulheres são submetidas ao longo de suas vidas.” (PASINATO, 2010).

Homens continuam matando suas parceiras, e não raras vezes, como se vê frequentemente nos noticiários, com requintes de crueldade, seja com esquartejamento, fogo, tiros de arma de fogo, deixando tetraplégica, como no caso de Maria da Penha Fernandes.<sup>27</sup> São crimes de ódio contra as mulheres.

---

<sup>27</sup> O caso envolvendo a farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes foi levado à apreciação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Em 1983, em seu domicílio na cidade de Fortaleza/CE, ela foi vítima de tentativa de homicídio por parte do então marido, Marco Antônio Heredia Viveiros, colombiano de origem e naturalizado brasileiro. Marco, simulando um assalto, disparou um revólver contra Maria enquanto ela dormia. Maria sobreviveu, mas, em decorrência dos disparos, ficou paraplégica de forma irreversível e ficou acometida de outros traumas físicos e psicológicos. O crime foi premeditado. Dias antes de praticá-lo, o autor tentou convencer Maria a contratar um seguro de vida, do qual ele seria o beneficiário e, cinco dias antes do fato, Maria assinou, em branco, um recibo de venda de veículo de sua propriedade, também a pedido do marido (CUNHA; PINTO, 2018). Mas não parou por aí, dias depois, Maria foi vítima de uma nova tentativa de homicídio por parte do marido. Desta vez, recebeu uma descarga elétrica enquanto se banhava. O crime também foi premeditado, pois foi então que Maria entendeu o motivo pelo qual o marido estava tomando banho no banheiro das filhas e não do casal (CUNHA; PINTO, 2018). Não foi só a gravidade dos fa-

Esse contexto familiar, permeado por um prolongado ciclo de diversos tipos de violência, que termina com a morte de mulheres que dedicaram toda uma vida em prol do marido e da família, que não puderam construir o seu próprio projeto de vida, seja por opressão, ameaça, violência, medo, pois se tornaram frágeis demais para enfrentar a vida competitiva do mundo real, merece um olhar diferenciado.

Não se pode desconsiderar o contexto e aceitar esse tipo de morte como bastante natural e inevitável, porque não é. Esse contexto é um *plus* na violação da dignidade da vítima e das suas expectativas sobre seu projeto de vida.

É bem verdade que há quem defenda que, com a morte, não é mais possível reconhecer o dano extrapatrimonial, seja ele de ordem moral ou ao projeto de vida.

Como já visto, foi esse o fundamento para negar a pretensão ao dano ao projeto de vida no Caso González e outros (Campo Algodoneiro) vs. México pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Apesar disso, a conclusão da Corte é apresentada de forma controversa na doutrina em relação à questão sobre a titularidade da pretensão indenizatória nesses casos.

Não há dúvidas acerca da titularidade e legitimidade do ofendido quando ele comparece pessoalmente em juízo para reclamar a reparação do dano que alega ter sofrido em sua honra e dignidade, de forma direta ou indireta.

---

tos que levou Maria a acionar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, mas sim a ausência de providências por parte dos órgãos estatais para apurar o caso e punir o agressor, já que, passados 15 anos desde a data dos fatos, a Justiça brasileira ainda não havia chegado à uma condenação definitiva. Apesar de pronunciado em 1986 (três anos após os fatos), foi condenado pelo Tribunal do Júri somente em 1991. Interposto e provido o recurso, o agressor foi submetido a julgamento em 1996, quando foi condenado a pena de 10 anos e 6 meses de reclusão. Novos recursos foram interpostos perante os Tribunais Superiores, mas só em 2002, o autor chegou a ser preso. Não bastasse, sequer cumpriu um terço da pena em regime fechado, já que o crime, à época dos fatos, não era considerado hediondo (CUNHA; PINTO, 2018).

Todavia, quando não é ofendido, “mas terceiros que se julgam reflexamente ofendidos em sua dignidade, pela lesão imposta a outra pessoa, torna-se imperioso limitar o campo de repercussão da responsabilidade civil.” (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 9).

Quanto à tutela *post mortem* da personalidade, por muito tempo se sustentou a ideia de que a ofensa à pessoa morta não se tratava de lesão a direito do próprio falecido, mas sim de desrespeito a direito reflexo dos parentes, dos herdeiros do *de cuius*, de modo que não se falava na eficácia dos direitos da personalidade (CAVALIERI FILHO, 2015).

Todavia, hodiernamente, com o reconhecimento desse tipo de tutela de certos direitos da personalidade, muitos autores passaram a admitir que as ações intentadas pelos sucessores do falecido outorgam tão somente legitimação processual para a defesa dos direitos da personalidade da pessoa morta, não admitindo a transmissão do próprio direito da personalidade (CAVALIERI FILHO, 2015).

O tema é bastante controvertido, especialmente na Alemanha, em que juristas como Hubmann e Rixecker sustentam que as ofensas à pessoa falecida não pode ser compensada em dinheiro, resolvendo-se com as pretensões de omissão e de retratação, já que depois da morte os interesses imateriais do falecido não podem ser compensados (ZANINI, 2011).

É bem verdade que, de regra, os direitos da personalidade se extinguem com a exalação do último sopro vital. No Brasil, contudo, diferentemente do direito alemão, que não possui um dispositivo específico sobre o tema, os artigos 12 e 20 do Código Civil viabilizam a indenização ou a compensação como uma forma possível e eficaz de tutelar a personalidade da pessoa morta (ZANINI, 2011).

É evidente que a ideia é a de buscar, nos casos de lesão à personalidade humana, a recondução ao estado anterior. No entanto, nem sempre isso é possível. Por vezes a única sanção suscetível de aplicação no caso concreto é a indenização em dinheiro, mas não se pode deixar

os bens da personalidade da pessoa já falecida à mercê daqueles que pretendam ofendê-los (ZANINI, 2011). Dessa forma, “não se deve aceitar o argumento de que os interesses imateriais do falecido não podem ser compensados, sendo válido o pagamento de indenização por dano não patrimonial aos legitimados nos arts. 12 e 20 do Código Civil brasileiro.” (ZANINI, 2011, p. 199).

A doutrina brasileira apresenta três correntes acerca da transmissibilidade do dano de ordem extrapatrimonial (CAVALIERI FILHO, 2015). A primeira trata da instransmissibilidade e tem por base a ideia de que o herdeiro não sucede no sofrimento da vítima, pois a personalidade morreria com o indivíduo, arrastando atrás de si todo o seu patrimônio, de modo que só os bens materiais sobreviveriam ao seu titular (SILVA apud CAVALIERI FILHO, 2015).

É o que decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no julgamento da Apelação Cível 15.817/98, de relatoria da Desa. Maria Stella Rodrigues, quando se afirmou ser a honra (pessoal) direito personalíssimo, insuscetível de transmissão a terceiros, ainda que herdeiros. Apesar de o acórdão ter sido confirmado pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp 302.029-RJ, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, o julgamento contou com divergência do Ministro Pádua Ribeiro, que entendeu que o atual art. 943 do Código Civil assegura ao herdeiro o direito de exigir a reparação tanto pelo dano material quanto moral. A ideia seria admitir a transmissibilidade do dano aos herdeiros, mas, para tanto, seria preciso que a vítima tivesse, em vida, sentido o dano moral que os herdeiros desejam ver reparado (CAVALIERI FILHO, 2015).

A segunda corrente é a da transmissibilidade condicionada, viável quando a vítima do dano falece no curso da ação em que se busca a reparação do dano, de modo a ser irrecusável que o herdeiro suceda o morto no processo, por se tratar de ação de natureza patrimonial (CAVALIERI FILHO, 2015).

A terceira posição é da transmissibilidade incondicionada, tal como foi sustentada no voto divergente do Ministro Pádua Ribeiro no REsp 302.029-RJ, para quem não é o dano moral que se transmite, mas sim a correspondente indenização (CAVALIERI FILHO, 2015). Da doutrina, extrai-se:

O dano moral, que sempre decorre de uma agressão a bens integrantes da personalidade (honra, imagem, bom nome, dignidade etc), só a vítima pode sofrer, e enquanto viva, porque a personalidade, não há dúvida, extingue-se com a morte. Mas o que se extingue – repita-se – é a personalidade, e não o dano consumado, nem o direito à indenização. Perpetrado o dano (moral ou material, não importa) contra a vítima ainda viva, o direito à indenização correspondente não se extingue com sua morte. E assim é porque a obrigação de indenizar o dano moral nasce no mesmo momento em que nasce a obrigação de indenizar o dano patrimonial – no momento em que o agente inicia a prática do ato ilícito e o bem juridicamente tutelado sofre a lesão. Neste mesmo momento, também o correlativo direito à indenização, que tem natureza patrimonial, passa a integrar o patrimônio da vítima e, assim, se transmite aos herdeiros titulares da indenização. (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 132-133).

Não houvesse essa possibilidade, não há dúvidas de que a morte da vítima representaria um prêmio para o agressor, que, ao ceifar a vida de sua parceira, passa a estar exonerado da obrigação de indenizar (CAVALIERI FILHO, 2015).

É bem verdade que a regra do art. 20 do Código Civil, que confere legitimidade ao cônjuge, ascendente e descendente, alcança aquelas agressões que ocorrem após o falecimento, quando os parentes vão a juízo por direito próprio. Diversa é a situação em que a pretensão é levada a juízo em razão daquele sentimento próprio do ofendido já morto, pois, nesse caso, “cuida-se da incorporação ao patrimônio dos herdeiros daquele direito que nasceu e foi reconhecido pela própria vítima, a qual, contudo, não teve oportunidade de iniciar a ação” (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 134), sendo este o caminho para buscar a pretensão ao dano ao projeto de vida mesmo nos casos em que a vítima acaba morta.

Vislumbra-se, por aí, um caminho jurídico diverso daquele traçado na ordem internacional pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Campo Algodoneiro vs. México.

Na hipótese em estudo, percebe-se que não há viabilidade de a mulher construir um projeto de vida próprio, pois há uma série de limitações no âmbito da sua autonomia privada, decorrente de uma vida de opressão, que termina com sua vida sendo ceifada por seus próprios companheiros. É certo que se trata de morte decorrente da violência de gênero, do sistema patriarcal de exploração e que justifica, considerando as peculiaridades do caso concreto, o reconhecimento de um dano de maior dimensão.

Nesses casos, o desejo de fazer suas próprias escolhas é frustrado pelo homem com quem a vítima dividiu sua intimidade, sua vida privada, pois viveu uma vida sem escolhas, sem saída, pautada pelo medo e opressão do marido.

Há, evidentemente, toda uma perda de expectativas em relação ao relacionamento ou casamento, também diante da falta de afeto, carinho, cuidado. O patriarcado é um sistema que afeta a liberdade de agir da mulher e quando termina com o feminicídio pode, considerando as peculiaridades do caso concreto, justificar um tipo de indenização com maior rigor, atentando-se, a propósito, analogicamente, para os critérios estabelecidos pelo art. 223-G da Consolidação das Leis do Trabalho.

O dano ao projeto de vida se coaduna com o princípio da reparação integral na seara da responsabilidade civil e pode não se resumir à indenização, podendo trazer outras prestações que aproximem a reparação do ideal da *restitutio in intergum* (SCHÄFER; MACHADO, 2013).

Vale ressaltar, como já dito, que não se trata de um mero dano, mas que ofende o maior dos bens jurídicos tutelados, a vida, ceifada em circunstâncias deploráveis, num contexto de anos de violência psicológica e física, representando mais que sofrimento, desconforto e humilhação,

representando a impossibilidade de expectativa de construção de um projeto de vida para si, pois teve a educação, o trabalho e o lazer restringidos pelo companheiro limitar a reparação em casos como este é impor à vítima que suporte o resto dos prejuízos não indenizados (CAVALIERI FILHO, 2015).

Como bem lembra Borges (2005), é insuficiente para proteção da dignidade da pessoa humana na sociedade em que vivemos hoje a admissão da ideia de que os direitos da personalidade são apenas os previstos expressamente em lei (e na Constituição).

Por essa perspectiva, não se vislumbra motivos para não avançar e reconhecer o dano ao projeto de vida em determinados feminicídios, especificamente naqueles em que a vítima foi exposta, por uma vida toda, aos mais variados tipos de violência que caracterizam o patriarcado e frustram a construção de um projeto próprio de vida. E não há que se alegar que cabia à vítima romper com o agressor, pois essa nem sempre é uma opção.

Ressalta-se, por fim, que se trata de um tipo de dano, inclusive, que pode ser postulado na própria ação penal em que se investiga o fato criminoso, na medida em que a Lei n. 11.719/2008 conferiu ao Ministério Público legitimidade para postular a fixação do valor mínimo do dano causado pela infração. O reconhecimento desse tipo de dano, assim, é passível de ser analisado e deferido na própria sentença condenatória, a teor do disposto no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal.<sup>28</sup>

<sup>28</sup> Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. <sup>2</sup>Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

<sup>4</sup>Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

[...]

<sup>1</sup>V - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

## 4 CONCLUSÃO

Com a constitucionalização do direito civil, o dano moral passa a ser tratado expressamente pela Constituição Federal de 1988, em consonância com o tratamento e proteção que é dada à dignidade da pessoa humana.

O dano ao projeto de vida, enquanto espécie de dano existencial, a despeito de estar expressamente previsto no ordenamento jurídico, tem tido relevância no âmbito do sistema regional de proteção dos direitos humanos do qual o Brasil faz parte. Trata-se de uma espécie de dano que permite uma adequada reparação às vítimas de violações indevidas, que foram impedidas por pessoas de realizar suas próprias escolhas, tiveram frustradas suas expectativas, e, que por isso, passa a exigir do direito uma reparação adequada e mais rigorosa.

O feminicídio enquanto crime praticado por razões de discriminação ao sexo feminino pode, eventualmente, ser caracterizado como um dano ao projeto de vida, nas hipóteses em que executado no âmbito doméstico e familiar, contra mulheres vítimas do sistema de exploração do patriarcado, de uma cultura de discriminação contra a mulher baseada em uma concepção errônea de sua inferioridade, e que, por isso não puderam projetar sua própria vida, tendo que viver sob as ordens e autoridade do marido, tendo que se dedicar exclusivamente ao marido, aos filhos, vivendo nos limites e como escravas do ambiente doméstico.

É evidente que, nesses casos, de uma mulher adulta, que teve frustrada todas as expectativas do casamento, que passou uma vida oprimida pelo companheiro, foi impedida de exercer atividade laborativa e com isso ter sua independência financeira, e que acaba sendo morta ou quase morta por este, em razão de um padrão de violência de gênero, há frustração de seu projeto de vida, de sua autonomia privada.

A despeito da morte da vítima, é possível, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, encontrar suporte normativo e doutrinário para o

reconhecimento e a fixação de tal espécie de dano a ser buscado pelos legitimados legais.

A morte da vítima não pode ser um prêmio para o causador do dano, não podendo ser aceito o argumento de que seria impossível repor as expectativas de quem já tenha falecido.

## REFERÊNCIAS

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Disponibilidade dos direitos de Personalidade e Autonomia Privada. Coordenação: Renan Lotufo São Paulo: Saraiva, 2005. (Coleção Prof. Agostinho Alvim).

BRASIL. Constituição. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 11 mar. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 11 mar. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm). Acesso em: 11 mar. 2019.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Novo Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 mar. 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em: 11 mar. 2019.

CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: parte especial (arts. 121 ao 361). 8. ed. Salvador: JusPodvm, 2016.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Violência doméstica: Lei Maria da Penha, Lei 11.340/2006. Comentada artigo por artigo. 7. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodvum, 2018.

DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PAIVA, Caio Cezar; HEEMANN, Thimotie Aragon. Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos. 2. ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017.

PASINATO, Wânia. “Femicídios” e as mortes de mulheres no Brasil. São Paulo: [s. n.], 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n37/a08n37.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2019.

RAMÍREZ, Sergio Garcia. La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos em Materia de Reparaciones. In: LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Un Cuarto de Siglo: 1979-2004. [S. l.: s. n.], 2005. p. 66-68. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4572/3.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2019.

SAFFIOTI, Heleieth. Gênero Patriarcado Violência. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2015.

SAFFIOTI, Heleieth. O poder do macho. São Paulo: Moderna, 1987. (Coleção polêmica).

SCHÄFER, Gilberto; MACHADO, Carlos Eduardo Martins. A reparação do dano ao projeto de vida na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 179-197, jan./jun. 2013. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/340/315>. Acesso em: 18 fev. 2019.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Dano Moral. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Direitos da Personalidade: aspectos essenciais. São Paulo: Saraiva, 2011.



# A LIBERDADE COMO MOVIMENTO DE EXPRESSÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Anna Leticia Piccoli<sup>29</sup>

## RESUMO

Esta pesquisa faz uma análise sobre a possibilidade das limitações da liberdade de expressão do pensamento, uma vez que elencada como direito fundamental por ser uma forma de efetivar a dignidade da pessoa humana. O tema visa compreender se a liberdade de manifestação do pensamento é considerada um direito fundamental, as razões pelas quais podem assim interpretar e se há possibilidade de limitações de tal direito, tendo em vista sua relevância no ordenamento jurídico brasileiro. O objetivo é vislumbrar as possibilidades de sua limitação, sobretudo diante da proteção aos demais direitos fundamentais. O artigo será estruturado em três capítulos por meio de aprofundamento investigativo, através de pesquisa descritivo-explicativa do tipo documental-bibliográfica, em doutrinas e legislação constitucional e apelo em tratados internacionais, com viés indutivo.<sup>30</sup>

**Palavras-chave:** Dignidade da Pessoa Humana. Direitos Fundamentais. Liberdade de Expressão do Pensamento.

## I INTRODUÇÃO

Esta pesquisa analisa sobre a validade das limitações da liberdade de expressão do pensamento, uma vez que elencada como direito fundamental por ser a forma de expressar o mínimo existencial de cada cidadão e, portanto, efetivar a dignidade da pessoa humana. Para tanto,

---

<sup>29</sup> Mestranda em Direitos fundamentais sociais: relações de trabalho e seguridade social pelo Programa de pós-graduação *stricto sensu* da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Pós-graduanda em Novo Sistema Processual Civil Brasileiro pelo Centro de Excelência em Direito; Advogada.

<sup>30</sup> O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

busca-se examinar obras que tragam um conceito amplo do direito ora estudado, além de albergar disposições jurídicas de ordem internacional e brasileira, e realizar breves apontamentos sobre as mudanças que as novas mídias sociais e tecnologias de informação trouxeram; bem como as possibilidades de limitação deste direito fundamental.

O tema do estudo é compreender se a liberdade de manifestação do pensamento é considerada um direito fundamental, em caso positivo as razões pelas quais podem assim entender e se há possibilidade de limitações de tal direito, tendo em vista sua relevância no ordenamento jurídico brasileiro.

O objetivo do estudo é perceber, diante do caráter fundamental do direito à liberdade de manifestação do pensamento, as possibilidades de sua limitação, sobretudo no que tange a proteção aos demais direitos fundamentais garantidos na ordem jurídica, bem como os perímetros de seu uso, primando pela defesa das liberdades asseguradas. O artigo será estruturado em três capítulos por meio de aprofundamento investigativo, através de pesquisa descritivo-explicativa do tipo documental-bibliográfica, em doutrinas e legislação constitucional e apelo em tratados internacionais, com viés indutivo.

A primeira parte da pesquisa estuda o direito à dignidade da pessoa humana, seus pressupostos e atribuições, bem como condicionantes que outrora eram impostos. Busca-se nos doutrinadores um conceito que mais se aproxime com o que se compreende por digno a fim de poder elucidar quando tal direito está sendo violado. Após, debruça-se no estudo dos direitos fundamentais, aqui compreendidos como direitos humanos positivados na ordem jurídica de um país, no intento de que, se concretizadas tais garantias, a dignidade humana também será firmada perante os indivíduos daquela nação.

Em um segundo momento, dedica-se o estudo a compreender as liberdades em sentido amplo, realizando uma pesquisa em filósofos

renomados, e no ordenamento jurídico brasileiro, cuja disposição encontra-se precipuamente nos múltiplos incisos do artigo quinto da Constituição Federal. De forma mais acentuada, explora-se a liberdade de expressão e pensamento, analisando-a em um viés histórico e conceitual.

Atendendo as exigências da sociedade moderna e percebendo que as mudanças impostas pela sociedade da informação em muito atingem o gozo da liberdade de expressão do pensamento, atenta-se a liquidez com que os homens têm vivido essa nova era, o fomento de sua expressividade nas redes sociais e a forma como vêm ganhando força as ideias ali expressas, eis que independente da classe social que vive o cidadão, podem ser “ouvidos” por um número expressivo de pessoas, o que também gera preocupações.

Nesse diapasão, o último capítulo volta-se as possibilidades de limitação da liberdade de expressão do pensamento, sem reduzir sua imprescindibilidade no ordenamento jurídico, bem como se preocupa em apontar medidas de equilíbrio para que o uso excessivo destas liberdades não atinja outras garantias fundamentais.

Garantir a liberdade é, acima de tudo, uma forma de garantir a própria democracia e a dignidade da pessoa humana, vez que respeita diversos valores e propicia que os cidadãos, além de estarem protegidos das arbitrariedades do Estado, participem das decisões dos poderes, garantindo a ordem social e todos os direitos que necessitam da liberdade para serem exercidos.

Por fim, é possível perceber que tanto não há uma definição específica acerca das possibilidades da limitação do direito à liberdade de expressão do pensamento quanto há um consenso de que, para que as liberdades sejam garantidas, é preciso que sejam reduzidas na medida em que as mesmas liberdades dos outros indivíduos também possam ser exercidas.

## 2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A ideia de dignidade humana como epicentro dos direitos fundamentais se funda na autonomia e na independência da moral. Isto porque, seu conceito possui como base a superioridade do homem sobre os animais e a natureza, eis que se encontra em um contexto intelectual, social e político diferente daqueles: a comunicação e a linguagem são elementos que configuram a relação humana.

Portanto, a dignidade da pessoa humana,<sup>31</sup> compreendida por meio da teoria kantiana como um valor intrínseco inerente ao ser humano que constitui um fim em si mesmo, possui uma complexa evolução histórica e filosófica, cujas características serão pontuadas de forma sutis neste estudo. Em uma perspectiva clássica da filosofia, a dignidade encontra forte ligação ao status pessoal, sendo atribuída a “benesse” àqueles que possuíam destaque por realizações pessoais ou integridade moral. Portanto, mais do que uma inerência ao ser humano, a dignidade era uma conquista continuamente colocada à prova para ser merecida (BARROSO, 2012, p. 13).

Com a influência do pensamento judaico e cristão, a dignidade da pessoa humana perde a característica de precisar ser conquistada e depender de fatores externos e passa a ser qualidade intrínseca de todos os homens, eis que havia uma compreensão de que o homem havia sido criado à imagem e semelhança de Deus e, por isso, era digno (RIDOLA, 2014, p. 25-26). O renascimento apresenta uma concepção de dignidade alheia ao Criador, mas inerente à própria figura humana, abandonando de forma gradativa o aspecto religioso, e firmando, paulatinamente, alicerces

---

<sup>31</sup> Ressalva-se que nesse estudo os termos Dignidade Humana e Dignidade da Pessoa Humana serão usadas como sinônimos.

na natureza racional do ser humano, sendo sua liberdade derivada de sua capacidade de autodeterminação.

Após, o filósofo com maior influência no pensamento jurídico sobre a questão da dignidade foi Immanuel Kant, cujo entendimento era de que a autonomia da vontade é expressão e fundamento da dignidade da natureza humana (CORDEIRO, 2012, p. 64-65). Desde então, surge à vedação à instrumentalização e coisificação do homem por ser um fim em si mesmo, sendo esta a compreensão de dignidade utilizada até os dias atuais.

Destaca-se que a dignidade sobrevém da capacidade do homem de se guiar por uma racionalidade prática, controlando suas paixões, apontando que Kant exigia condutas necessárias e boas em si mesmas para que pudessem ser transformadas em lei universal. Diante disso, cada indivíduo possui a capacidade de dar a si mesmo uma lei objetiva da razão, é a chamada prerrogativa de legislador universal, decorrente da racionalidade moral do homem (BARROSO, 2012, p. 71).

Há uma percepção, portanto, de que a dignidade da pessoa humana deixou de ser uma preocupação filosófica e passou a fazer parte das pautas de discussão do Direito tão somente quando se deparou com situações graves de flagelamento humano, portanto relativamente recente da civilização moderna do século XX. A positivação de um direito a dignidade passou a ser exercido, destarte, quando a ciência jurídica percebeu que havia pessoas vivendo em situação indigna.

Além disso, “como ser racional, mas que também tem corpo e sentimentos e, por isso, experimenta necessidades materiais e psíquicas; como ser social, imerso em relações intersubjetivas fundamentais para sua identidade, e não como indivíduo atomizado e desenraizado.” (SARMENTO, 2016, p. 92)

Vários autores tentaram, com bravura, definir o princípio da dignidade da pessoa humana. Canotilho (1993, p. 367) aduz que “a literatura recente tem evitado formular um conceito sobre princípio da

dignidade da pessoa humana para não incorrer num conceito ‘fixista’ e filosoficamente sobrecarregado.” Isso significa que já na década de noventa percebia-se a necessidade de adequação do princípio às novas necessidades do ser humano devido sua atemporalidade.

Barroso (2012, p. 71) buscou traçar um conteúdo mínimo para descrever o conceito de dignidade da pessoa humana, sem se deixar esquecer o caráter pluralista que o envolve. Leciona que o princípio em questão deve abranger: o valor intrínseco de todos os seres humanos; a autonomia de cada indivíduo; e ser limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais ou comunitários, a partir das relações dos indivíduos entre si.

Portanto, dignidade humana é qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor de respeito e consideração não apenas por parte do Estado, mas dos outros seres humanos. Isto implica em “um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas” (SARLET, 2011, p. 73), além de proporcionar sua participação ativa na sociedade e garantir sua existência em comunhão com outros seres humanos, também dignos.

Uma real Lei constitucional internacional ou Lei de Direitos Humanos emergiu de uma convergência dinâmica entre a lei constitucional e a lei internacional, que mutualmente protegem a dignidade humana, especialmente relativo às demandas primárias ou necessidades básicas (SCHWARZ, 2011, p. 6-7).

Nesse contexto, os direitos humanos são, desde o início, considerados um universo abstrato, inerentes a fatos e circunstâncias particulares de cada ser humano. Apesar de ser produto da civilização humana a partir da cultura do ser humano, e ser predicado de todos os seres humanos, a materialização do seu sentido ainda é precária.

Schwarz (2011, p. 22) percebe que, sendo a conceituação da dignidade algo quase impossível, é possível percebê-la de forma inversa: pelo que é indigno. Assim, descreve que a dignidade humana consiste daquilo que seria violado se privássemos o homem de uma condição essencial de necessidades para viver; liberdades mínimas; dor fisiológica física e/ou profunda e duradoura lhe infligisse; se algum acordo legal de status o denegrisse ou diminuísse seu status como ser humano.

Compreende, ainda, que seria impossível reduzir todas as essências da dignidade humana em uma fórmula genérica abstrata. Nessas circunstâncias, parece clara a ideia de que ao princípio da dignidade humana resta o chamado “mínimo existencial”. Contudo, após as atrocidades ocorridas na Segunda Guerra Mundial, a humanidade passou a buscar cada vez mais a sua proteção, visando garantir uma vida digna, não se contentando com a premissa de que cada um respeitaria as condições mínimas do outro indivíduo.

A dignidade humana guarda, ainda, uma necessária conexão com a compreensão de pessoa humana, derivada de uma leitura da ordem constitucional, guiada pela moralidade crítica. Da mesma forma que já se trabalhou a ideia de Kant, a pessoa é vista como fim em si mesmo e não como mero instrumento do Estado ou de qualquer outro indivíduo da comunidade e, portanto, é merecedora de respeito e consideração dos demais.

Além de um direito que exige um pacto moral entre os indivíduos no sentido de respeito mútuo, a Dignidade da Pessoa Humana é, também, inerente a todos os seres humanos de forma irrenunciável e indissociável, tornando impossível qualquer pretensão de sua concessão, seja de forma fática ou jurídica. A simplicidade da definição do termo, bem como a sua inerência na espécie se traduz na medida em que “[...] a dignidade não se confunde, tampouco, com uma ânsia de santidade ou uma conquista de honrarias: ela é, essencialmente, uma posição de respeito do homem para consigo mesmo em defesa da qualidade moral que representa.” (LONGO, 2004, p. 175).

Passam-se, então, a positivar os chamados Direitos Humanos,<sup>32</sup> que integrados nos ordenamentos jurídicos ganharam força coercitiva em casos de descumprimento. Dos documentos pioneiros desta positivação, destaca-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, escrita logo após a última grande guerra. A ascensão do Estado Democrático de Direito propiciou que a elaboração das Constituições dos países passasse a ser inspiradas na referida Declaração, incorporando em seus ordenamentos a proteção à dignidade humana.

A racionalidade e a autonomia do homem o tornam digno. Por serem seres humanos, devem tratar uns aos outros como fins em si mesmos e, na forma da lei objetiva da razão, repudiar toda forma de coisificação e instrumentalização como sobrepõe o sistema moral racional criado pelo próprio homem (CORDEIRO, 2012, p. 65). O homem é, portanto, o centro da atenção social e jurídica e, portanto, passa a reconhecer direitos básicos de proteção, o que implica no reconhecimento dos “direitos fundamentais”.

Essa dimensão intersubjetiva da Dignidade da Pessoa Humana faz com que o indivíduo, que auto restringe alguns de seus direitos fundamentais em prol da boa convivência com os demais, por ocupar a mesma posição jurídico-social, crie reflexos no status jurídico de terceiros, ainda que por uma expectativa social. Assim, os direitos Humanos o são muito antes de sua positivação.

Estes direitos surgem, inicialmente, com o condão de afastar o abuso do poder estatal frente aos direitos da pessoa humana que detenham dignidade, em especial privando as limitações das liberdades dos indivíduos. Em momento posterior, passa-se a alargar as proteções para o âmbito das relações privadas. Nesse diapasão, os direitos

---

<sup>32</sup> Os Direitos Humanos, neste estudo, são aqueles que possuem caráter de generalidade e abrangência internacional, e que independem de positivação para ser reconhecidos, enquanto os Direitos Fundamentais são os chamados Direitos Humanos positivados no ordenamento jurídico brasileiro, sejam reconhecidos na Constituição Federal, ou regulamentados em caráter de Emenda Constitucional ou, ainda, por meio de tratados internacionais com força suprallegal.

fundamentais surgem da dignidade humana, como tronco comum dos direitos do homem.

O princípio da dignidade humana encontra-se, portanto, desde o fim da última grande guerra até os dias mais modernos, como sustentáculo efetivo dos direitos fundamentais positivados e pilar da ordem estatal das democracias estatais, como o Estado brasileiro. Como forma de garantir a efetivação da dignidade humana, apresentam-se os direitos fundamentais.

## 2.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Feita uma breve explanação sobre a dignidade humana e uma tentativa de chegar a uma definição por meio da análise do que não é digno para o ser humano e das condições mínimas de sobrevivência do ser humano, e compreendido que os Direitos Fundamentais são os Direitos Humanos positivados nos ordenamentos jurídicos dos Estados Democráticos de Direito com a finalidade de efetivar as premissas da dignidade humana, passa-se há compreender um pouco a mais sobre os direitos fundamentais e seus mecanismos de efetivação deste direito.

Hodiernamente há uma fragilização no termo em questão, eis que cada um acredita que o seu direito a ser defendido é um direito fundamental. Contudo, como já dito alhures, quando se tratar da expressão “Direitos Fundamentais” nesse estudo, refere-se especificamente aos Direitos Humanos positivados no ordenamento jurídico brasileiro.

A construção da teoria dos direitos fundamentais, da mesma forma que a Unesco (1978, p. 11) sempre os considerou como proteção não necessariamente constitucional aos direitos da pessoa humana, especialmente no que se refere aos excessos do poder estatal, buscando uma

limitação a este poder, que jamais poderia ser abusivo sobre seus cidadãos, concedendo, assim, uma conceituação genérica aos direitos fundamentais.

No mesmo diapasão, pode-se afirmar que a finalidade básica destes direitos é o estabelecimento de condições mínimas de sobrevivência – elemento básico de dignidade da pessoa humana – por meio da proteção contra o arbítrio do Estado e de seus indivíduos, principalmente no que concerne a não sujeição de seus cidadãos a meros objetos (MORAES, 2002, p. 39).

Os direitos fundamentais, no esteio da melhor doutrina, resultam em posições jurídicas das pessoas enquanto tais, com eficácia no âmbito das relações com o Estado ou entre particulares, consubstanciadas ou não na Constituição. Por ser um elemento que constitui o Estado, os Direitos Fundamentais são, na mesma medida, elementos básicos para a democracia. Isto porque, ao pressupor a participação igualitária dos cidadãos, “o princípio democrático entrelaça-se com os direitos subjetivos de participação e associação, que se tornam, assim, fundamentos funcionais da democracia” (CANOTILHO, 1993, p. 430), o que é essencial para saber as necessidades mínimas do povo em questão.

Alexy (2007, p. 12) explica que determinados direitos fundamentais tem validade positivada. Neste sentido, salienta de que os direitos fundamentais de um Estado não terão a mesma interpretação em outro, tendo em vista que a realidade histórico-social difere. O autor também é citado no livro de Fonseca (2009, p. 21), que conceitua os direitos fundamentais como “essencialmente direitos do homem transformados em direitos positivados.” Para tratar com clareza a diferença entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, é preciso saber quais são os destinatários de sua proteção.

Sendo que direito humano depende, também, da efetividade dos direitos relacionados nos conceitos, aponta-se, ainda, que os direitos fundamentais são compreendidos como direitos internos enquanto direitos humanos são direitos externos. Aprofunda-se a ideia de que

os primeiros deveriam atingir maior grau de efetivação “em face da existência de instâncias (especialmente judiciárias) dotadas de poder de fazer respeitar e realizar direitos.” (SARLET, 2006, p. 40).

Canotilho (2002, p. 58) também busca conceituar os direitos fundamentais, aduzindo que são, essencialmente direitos ao homem individual livre e, portanto, os direitos que o cidadão possui frente ao Estado, cujo exercício independe de previsão legal, afirmando, ainda, tratar-se de “direitos do particular perante o Estado, essencialmente direito de autonomia e direitos de defesa.” Embora sua positivação não seja imperiosa para seu cumprimento, a proteção destes direitos se dá de forma especial, razão pela qual não podem ser suprimidos ou restringidos em situações normais.

Embora a conceituação dos direitos fundamentais seja buscada por vários autores e cada qual com seu estudo encontre uma forma diversa de delimitar o que são estes direitos, da mesma forma suas características não poderiam ser petrificadas, considerando que a eficácia destas garantias depende do seu conteúdo concreto e do número de fatores extrajurídicos do Estado, entendidos pela cultura e história do seu povo.

A origem dos direitos individuais para proteção em relação ao Estado pode ser vislumbrada nas eras mais remotas, no antigo Egito e na Mesopotâmia. Apontam os estudos de Moraes (2002, p. 24) que o Código de Hamurabi possa ser o pioneiro das codificações que consagrou um rol de direitos comum aos homens.

Ainda na era da Grécia clássica, poetas e filósofos colaboraram para os estudos dos direitos naturais, dentre os quais Gonçalves (2007, p. 12) destaca Homero e Hesíodo. Para aquele, o direito não tinha como fulcro o valor da vida humana, mas no mundo de Hesíodo a centralidade do trabalho na vida humana e a existência por uma vida justa era a ordem que prevalecia, sendo regidas pelo direito. Tales de Mileto, por

outro lado, valora a vida humana e os direitos a ela pertinentes a partir de seu desenvolvimento natural: do nascimento a morte.

A Inglaterra foi à precursora no que diz respeito às declarações de direitos fundamentais, com especial atenção a “*Magna Charta Libertatum*”, outorgada pelo Rei João Sem-Terra. Dentre outros direitos, previa as restrições tributárias, liberdade da Igreja da Inglaterra e de entrada e saída do país (MORAES, 2002, p. 24). Dentre todas as diretrizes já tomadas, ficou sob responsabilidade da França a consagração normativa dos direitos fundamentais, que, no ano de 1979, teve a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão promulgada pela Assembleia Nacional.

Dentre os dezessete artigos, destacam-se a liberdade, igualdade, propriedade e segurança, procurando garantir ao povo francês a felicidade e liberdade, não deixando de salientar seus deveres perante o Estado. Em meio a tantos avanços nos direitos e preocupações sociais, em 1927 surgiu a Carta do Trabalho que, mesmo saturada pela doutrina do Estado fascista italiano, ficou incumbida do grande avanço nos direitos sociais dos trabalhadores.

Os direitos do homem ganham espaço quando muda a relação Estado/indivíduo, dando ênfase no cidadão. Neste mesmo sentido, Bobbio (1992, p. 4) explica que a afirmação dos direitos do homem surge do Estado moderno, com uma mudança expressiva na relação Estado/cidadão.

Reflete-se pelo extenso rol de direitos fundamentais, civis ou sociais, positivados de forma desenfreada no ordenamento, sem qualquer análise de áreas alheias à ciência jurídica (como economia, estrutura política ou cultura local), o que gera uma discrepância entre a realidade social e os textos positivos de direitos e garantias em nosso país.

Nas reflexões sobre os direitos humanos, Bobbio (1992, p. 64), entende que é um sinal de progresso da humanidade, mas questiona-se qual o sentido dessa expressão, afirmando que, para Kant, tal progresso não é necessário, mas tão somente possível. A história não é, contudo, repetição

de fatos, mas a possibilidade de transformação da realidade de cada um dos seres humanos por meio da efetivação dos direitos fundamentais.

Embora o desenvolvimento de um povo e de sua moral não seja necessário, o índice de respeito aos Direitos Humanos, servem como parâmetro para medir o progresso de uma sociedade, apresentando elementos para que o cidadão possa optar ou não pelos valores enunciados e protegidos pelos Direitos Fundamentais (LÓPEZ CALERA, 1997, p. 206).

No Brasil, a própria Constituição Imperial abarca um capítulo inteiramente dedicado aos direitos e garantias fundamentais alcançados no decorrer dos séculos em uma relação de 35 incisos. Tal ideologia perdurou na primeira Constituição republicana de 1981, aumentando ainda mais o rol de direitos e garantias individuais para os brasileiros. Dedicar um capítulo da Constituição para os direitos e garantias fundamentais tornou-se uma tradição no Brasil, sendo lapidada a cada nova Carta Constituinte, até os dias atuais.

Em que pese, a evolução do Estado tenha transformado suas bases sociais históricas em um Estado Democrático de Direito, traz-se a lume que sua base fundamental é a mesma, porquanto assume muitas conquistas do Estado Social, a exemplo de garantir e realizar os direitos fundamentais aos cidadãos. A dignidade da pessoa humana assume, portanto, o epicentro de todo ordenamento jurídico, considerado como um valor supremo (SCHWARZ, 2016, p. 39).

Denota-se, deste modo, que a relação entre a dignidade humana e os direitos fundamentais perpassa sua originalidade e atingem um patamar de interdependência, eis que é preciso a concretização de um para que o outro também possa se realizar. Pelo estudo realizado, percebe-se que os direitos humanos, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, reconhecidos de forma paulatina, evoluindo de acordo com o grau da socialização do ser humano, tanto na sociedade nacional quanto internacional (MENDES, 2002).

Neste diapasão, os doutrinadores dividem a positivação dos direitos fundamentais em gerações. Contudo, para tal estudo a divisão se torna desmotivada, haja vista que o reconhecimento de direitos chamados tardios não deve impedir a concretização dos demais, no entanto devem ser considerados de forma mútua para que possam ser alicerces um dos outros. O reconhecimento de um direito fundamental após outro não o torna necessariamente de concretização posterior, tampouco dependente dos anteriores, mas sua efetividade além das cortinas doutrinárias é imprescindível para cumprir com os preceitos da dignidade humana.

A única benesse que pode ser vislumbrada pela divisão dos direitos fundamentais em gerações é que tal concepção implica no reconhecimento de um catálogo de liberdades que jamais será encerrado. Destaca Pérez-Luño (2006, p. 42-43) que “Uma sociedade livre e democrática devesse mostrar-se sempre sensível e aberta ao aparecimento de novas necessidades, que fundamentem novos direitos.” É essa premissa que aqui se defende.

De outro norte, é possível dizer que tais direitos podem ser compreendidos sob dois pontos de vista: ética, traduzida no caminho para tornar possível a dignidade humana; e a consideração de cada ser humano sobre seus aspectos. Diante disso, os primeiros direitos reconhecidos, chamados de liberdades, são de cunho individualista e à primeira vista, direito do homem contra o Estado, que requer uma abstenção deste. Entretanto, nas relações hodiernas é possível perceber que os direitos de liberdade se estendem nas relações interpessoais e podem ser violados pelos próprios indivíduos.

A positivação dos direitos como fundamentais nos textos constitucionais apresentou marco sublime na humanidade, eis que reconhece os aspectos básicos que são conhecidos em esfera universal para a realização do ser humano, o que sobressai o patamar de mínimo existencial necessário para firmar a dignidade humana, busca-se a sua

satisfação pessoal. A liberdade, marco imprescindível destes direitos, continua nítido instrumento de efetivação da dignidade humana e será objeto de estudo no próximo capítulo.

### **3 A LIBERDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO HOMEM DIGNO**

A Liberdade decorre, precipuamente, da dignidade do homem. Essa afirmação é verdadeira pelo simples fato de que é um elemento básico de busca e concretização do mínimo existencial da espécie humana. Sem a liberdade, o homem não teria escolhido viver em sociedade para proteger a própria vida, tampouco seria capaz de buscar outros direitos que lhe garantissem o que considera essencial para sobreviver. Portanto, denota-se que este direito não apenas é considerado como humano/fundamental ao ser humano, mas também é pressuposto para o exercício de sua dignidade.

Destarte, parte-se de uma premissa em que a liberdade pode ser traduzida pelo exercício de autodeterminação, tanto de forma individual quanto coletiva em particular circunstância e local (FREITAS; CASTRO, 2012, p. 5). Além disso, a afirmação da liberdade como valor necessário para a condição humana foi uma das principais aspirações da modernidade quando o assunto é a dignidade humana. A busca incessante por um espaço sem interferência da opinião de terceiros garante a realização dos objetivos dos indivíduos.

De antemão, mais que a liberdade para a autodeterminação, é necessária sua consciência para que se firme a dignidade do ser humano, sob uma perspectiva ideológica liberal do século XVIII, momento em que a burguesia passa a se firmar sobre a monarquia, absolutista até então. A liberdade era, para os gregos, a única prerrogativa conferida aos cidadãos para participar de decisões políticas, e essa possibilidade

de opinar nas decisões do Estado era o que diferenciava do liberalismo clássico (COULANGES, 1971).

Para Locke (2006, p. 89), a liberdade é tão necessária quando se convive com o poder no que concerne à preservação de sua natureza que deve ser usada com o propósito de preservar sua própria vida. Esta liberdade que ele imagina como Estado é passada de geração em geração, e cabe a cada um escolher em que sociedade pertence.

Esta forma clássica de liberdade foi assegurada, de modo a impor obrigações negativas ao Estado, no sentido de não interferência nas atividades da vida privada do indivíduo. As Constituições e Declarações de Direitos buscavam como único objetivo salvaguardar a autodeterminação individual quase absoluta, oponível ao Estado. Os mecanismos constitucionais utilizados para compor o Estado objetivam justamente a defesa do indivíduo contra os abusos de poder vigentes até então. Estas liberdades negativas impediam que o indivíduo fosse obrigado ou impedido de qualquer ação de modo coativo (BOBBIO, 2013, p. 20).

Os primeiros registros de documentos frutos de revoluções liberais surgiram em uma época mais moderna de sua concepção, podendo ser citados o Bill of Rights inglês de 1689, as Declarações norte-americanas de Direitos de 1776 (especialmente a Declaração de Independência e a Declaração da Virgínia) e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão promulgada pela Assembleia Nacional francesa em 26 de agosto de 1789.

Conceitualmente, depreende-se que a liberdade possui como característica precípua não haver submissão a outrem, seja o Estado, ou outro indivíduo hierarquicamente superior, não estando sob controle de terceiro ou sofrendo qualquer restrição impositiva. Mais uma vez depreende-se a preocupação em assegurar o exercício da autodeterminação do indivíduo (BURDEAU, 1972).

De outro quadrante, Berlin (1981) apresenta dois vieses para o conceito de liberdade: aquela que concorda com a maioria dos autores clássicos, afirmando ser opositora às ingerências e conhecida como liberdade negativa (*freedom of*); e a liberdade positiva, conhecida pela expressão “*freedom to*”, que evoca a liberdade de agir, politicamente e de forma expressiva na sociedade.

Hobbes (2009, p. 97) apresenta a liberdade como a ausência de obstáculos que servem para abster os seres humanos de fazer o que bem quiserem, permitindo o uso do poder de acordo com razão e julgamento de cada indivíduo. De outro norte, Montesquieu (apud CHEVALIER, 1998, p. 139) acredita que liberdade é fazer o que a Constituição autoriza, afirmando que: “a liberdade é o direito de fazer tudo quanto as leis permitem; e, se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem, não mais teria liberdade, porque os outros teriam idêntico poder.”

O conceito da liberdade pautada na autodeterminação é o que persiste até os dias atuais, mesmo que sob efeito de sutis alterações no que se refere aos moldes de tratamento implementados pelos Estados contemporâneos, que busca equilíbrio entre o exercício das liberdades e demandas da coletividade (FREITAS; CASTRO, 2012, p. 4). Neste diapasão, a liberdade que dignifica a pessoa humana será seu signo e seu fundamento. Este desenvolvimento histórico da origem ao Estado Democrático de Direito, que caracteriza o Estado brasileiro hodierno (LUÑO, 2006, p. 28).

Ainda para fins de lapidação do termo, Laski (1945, p. 17), traduz a liberdade como “[...] ausência de coação sobre a existência daquelas condições sociais que, na civilização moderna, são as garantias necessárias da felicidade individual.” Verifica-se que mesmo os autores mais modernos fazem uma abordagem ao aspecto restritivo da liberdade, resistindo limites à intervenção de terceiros, em que pese nos moldes já de um paradigma de Estado Social.

Mill (1806, p. 26), acredita que quando o povo sentir o poder do governo com o seu poder e as opiniões do governo como suas opiniões “a liberdade individual provavelmente estará tão exposta à invasão do governo, quanto já está da opinião pública.” Ter direito de administrar os assuntos pertinentes a sociedade como forma de obrigação e de controle é um princípio que traduz a permissão que a humanidade tem de interferir na liberdade alheia com o único propósito de autoproteção.

As liberdades jurídicas, para Kant, consistem em fazer qualquer ação decorrente da vontade do indivíduo, desde que não se cometa injustiça, respeitando as “determinações externas”. É o que ele delimita como liberdade exterior que Ruiz (2006, p. 144) afirma ser objetiva e implicar no “afastamento de obstáculo ou coações, de modo que o homem possa agir livremente”, diferenciando das liberdades internas, de caráter subjetivo e voltado em um cunho moral, decorrente da manifestação da vontade no mundo interior do homem.

Kant (1980, p. 232) ainda valora a liberdade como um ato de espontaneidade em criar um estado, a partir de quando a causa não se subordina a qualquer outra causa que a determine quanto ao tempo, segundo a lei natural. Em uma visão mais prática, ser livre consiste em ser capaz de agir sem ser necessariamente instigado por uma emoção. A liberdade pode ser considerada a busca pela autorrealização do ser humano, fazendo com que seja responsável pelas suas escolhas. Devido os possíveis conflitos resultantes das pretensões que colidem decorrentes destas liberdades o Estado se justifica, incumbido de garantir a paz de seus cidadãos.

A liberdade, por ser uma das protagonistas dos direitos fundamentais, passou pela mesma evolução histórica que estes. Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento utilizado como espelho para a positivação dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, afirmou em seu artigo primeiro que todos os indivíduos nascem em pleno gozo de sua liberdade e igualdade,

em direitos e dignidade. No artigo terceiro, reitera que todo homem tem direito a vida, a liberdade e a segurança.

No Brasil, a gênese da liberdade esta no ano de 1789, a partir da Inconfidência Mineira. Posterior à independência, a primeira Carta Constitucional abarcou os direitos fundamentais em um título exclusivo, tendo por fundamento o direito à liberdade. As Constituições seguintes seguiram o mesmo critério, privilegiando os direitos fundamentais.

Hodiernamente o direito a Liberdade encontra-se no quinto artigo da Constituição Federal (1988) “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 [...]”, que podem ser identificadas em, pelo menos, cinco espécies, sendo elas: psicológica, a de religião, a de segurança, de expressão e política.

Para os defensores jusnaturalistas, a suprema liberdade só é alcançada a partir da evolução espiritual e moral do homem, até porque, todo ser humano possui um objetivo e, para alcançá-lo, tem a liberdade de usar todos os meios não proibidos em lei. Salienta-se, contudo, que o direito à liberdade não se traduz em uma anarquia, mas sua noção deve ser associada à “arbitrariedade, mas sim à ideia de responsabilidade, que serve como limite ao seu exercício. [...] A concepção formal considera a liberdade como um valor em si, caracterizada como um direito a que o Estado não impeça ação e omissões [...] e uma permissão para fazer ou não fazer o que quiser.” (NOVELINO, 2008, p. 296).

Em que pese para a ciência jurídica os conceitos acima redigidos se bastem – inclusive referenciando o fato de que o conceito de liberdade não é absoluto – imprescindível trazer a lume a reflexão de Bauman (2001, p. 28), cujo conhecimento ultrapassa a barreira jurídica e conclui que “não só não há contradição entre dependência e libertação: não há outro caminho para buscar a libertação senão ‘submeter-se à sociedade’ e seguir suas normas. A liberdade não pode ser ganha contra a sociedade.”

De toda sorte, no ordenamento jurídico brasileiro, somente se apresenta a liberdade onde não houver obrigatoriedade de conduta. Logo, só há liberdade quando o indivíduo puder praticar de ação ou omissão sem a prévia deliberação de Lei, seja constitucional ou infraconstitucional. E isto se sujeito a uma decisão do poder legislativo originário, como o que se encontra expresso no artigo 5º, inciso II do texto constitucional.<sup>33</sup>

Daí surge à máxima que “qualquer ação ou omissão é permitida, a menos que esteja proibida por lei” (MARTINS NETO, 2008, p. 25-26), bem como se fundamenta o argumento de que tal direito pode ser compreendido como a capacidade de autodeterminação, no entanto agora legitimado pelo texto constitucional.

Verifica-se, ainda, que por ser tratada como Direito Fundamental, a proteção constitucional atinge o núcleo da liberdade, o que não significa que não haja obrigações e proibições impostas por lei no sentido oriundo do ordenamento jurídico que delinea o contorno de seus limites (FREITAS; CASTRO, 2012, p. 7).

Evidente que decorre de cada Estado a escolha de quais liberdades colocarem em patamar de prioridade, e no Brasil, dentro outras, a Constituição alberga a liberdade de religião, locomoção, associação, iniciativa econômica e de expressão, que terá maior foco nesse estudo. Cada uma dessas espécies possui características e objetivos próprios e merecem ser brevemente mencionadas.

Pela laicidade do Estado brasileiro, é garantida ao cidadão a liberdade de crença, acautelando que ninguém sofrerá qualquer tipo de coação em relação aos seus conceitos, seja de cunho político, filosófico ou religioso. As liberdades de locomoção ou de circulação, também são de importância extrema, tanto no que tange o direito de ir, vir, ficar e

---

<sup>33</sup> “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

permanecer sem a necessidade de autorização, como a manifestação da característica pela própria locomoção do indivíduo.

A liberdade de reunião requer a presença de duas ou mais pessoas que estejam unidas de maneira voluntária e consciente com reuniões de duração limitada, uma vez que a temporalidade dos encontros, quando se dá em caráter permanente, caracteriza associação, e passa-se a tratar de direito alheio a este.

O direito de informação restringe-se à ação de repassar os dados já ocorridos ou consagrados. Enquanto o direito de divulgar o pensamento pode ser entendido de forma ampla, no sentido de exteriorizar as opiniões individuais, o direito de informação não deve ter críticas, ou dúvidas, sendo passado de forma clara e precisa.

A liberdade de expressão do pensamento é a espécie de liberdade de maior importância para o estudo em tela, representando um dos direitos fundamentais mais caros a toda humanidade, eis que reivindicado desde os princípios da humanidade e a manifestação livre do pensamento por meio da liberdade de expressão foi objeto de limitações arbitrárias em vários momentos históricos.

Importante se faz constar a sutil diferença entre a liberdade de informação e da expressão do pensamento, que se expressa na exposição de ideias e juízos de valor quando se trata da segunda hipótese, ao passo que a informação se limita a comunicar fatos ocorridos, sem qualquer parecer crítico do orador. Sendo o difusor de informações pessoa que se aproveita do direito à liberdade de informação, é imprescindível, ainda, que os fatos relatados sejam veiculados de forma verdadeira.

Além de poder apresentar julgamentos pessoais quando a exposição se faz por meio da liberdade de expressão do pensamento, também não é preciso que se difundam os fatos verídicos como ocorreram, motivo pelo qual o comunicador utiliza uma linha tênue entre a liberdade

de expressão do pensamento e da liberdade de informação quando apresenta relatos cotidianos (CHEQUER, 2011, p. 12).

Além disso, a liberdade de expressão não se apresenta como um fim em si mesmo, mas seu exercício e proteção são dotados de finalidades que ultrapassam a expressão do pensamento, sendo vislumbrada como um elemento para o exercício de outros direitos fundamentais, especialmente àqueles voltados a autonomia e a participação popular do regime democrático.

Desta feita, salvaguardar a liberdade de expressão do pensamento significa proteger a funções essenciais e os princípios fundadores de um país, como a sua democracia, o livre fluxo de informações, o debate público; além da busca pela verdade e contribuição social para o desenvolvimento do país a partir da oitiva de ideias dos seus cidadãos; e principalmente a dignidade humana, permitindo que os indivíduos possam exprimir suas opiniões e preferências e ter acesso às informações de forma facilitada, fatores essenciais para desenvolver a personalidade, autonomia e a realização pessoal (BARROSO, 2009, p. 351).

Ademais, já ficou comprovado que o ser humano não consegue viver sozinho e, para viver em sociedade, é preciso haver comunicação. A liberdade de expressão torna acessível à comunicação e permite que os homens descubram seus objetivos e ideais comuns, para conviver em harmonia. De acordo com Mill (1806, p. 30), a área apropriada da liberdade humana compreende primeiramente o domínio interno da consciência, a liberdade de pensamento, e a absoluta liberdade de opinião.

A liberdade de pensamento é um direito tão inerente ao ser humano sequer pode ser limitado. A liberdade de falar ou escrever pode ser suprimida por poder hierarquicamente superior, contudo não a de pensar. Contudo não há razão de pensar senão o ato de compartilhar as ideias, comunicando-as uns com os outros. Assim, o que empolga o ser humano é a liberdade de comunicar publicamente seus pensamentos, o que lhe rouba a liberdade de pensar.

Aparentemente, para a ciência jurídica, a matéria alcança tão somente o próprio indivíduo e sua esfera intelectual, sem qualquer interesse à sociedade. Nesta toada, a preocupação com a tutela da liberdade na elaboração do pensamento tem sido relegada a um segundo plano (FREITAS; CASTRO, 2012, p. 10).<sup>34</sup> No entanto, atualmente se percebe que há uma importância nos formadores de opinião, mídia e até mesmo das propagandas que manipulam fatos veiculados que são amplamente responsáveis por influenciar a formação dos pensamentos daqueles que por eles são inspirados.

De outra sorte, não há dúvidas sobre as tutelas do pensamento quando deixa o foro íntimo e passa a expressar por meio da palavra manifesta, seja ela falada ou escrita. Há um amparo, portanto, na manifestação do pensamento quando dirigido ao público, ultrapassando o externar de sensações e sentimentos, mas alcançando os juízos intelectivos e compreendendo toda atividade de pensar e formar opinião e exteriorizá-la por todos os instrumentos adequados para tanto.

Como já afirmado alhures, as liberdades de informação e de expressão do pensamento cumprem papel de intermediar o desenvolvimento da personalidade humana, afirmando sua autodeterminação, bem como atendendo o interesse público, fomentando a livre circulação de ideias, pilar do funcionamento do regime democrático. Assim sendo, este direito assume papel de liberdade primária, cujo papel é desenvolver e garantir as demais liberdades. Isto porque, o ser humano, por excelência, é um ser que sente a necessidade de transmitir seu pensamento e persuadir o outro indivíduo a comungar de sua ideia.

Ao perceber esse movimento inconsciente, nota-se que a liberdade de manifestação do pensamento não pode se restringir na expressão por meio de palavras – sejam escritas ou faladas – mas também

<sup>34</sup> Exemplo disso apresenta-se o inciso IV do quinto artigo da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 não acautela sobre o direito de pensamento, e sim da sua manifestação.

no direito de permanecer em silêncio, no expressar-se pelo modo de vestir, em adotar cultura alimentar, política ou religiosa. Toda e qualquer forma de expressão é suficiente para ser defendida como forma de expor o pensamento, ressaltando, portanto, a necessidade de uma proteção mais ampla para a liberdade de convicção, “que deve compreender o respeito à exteriorização de um comportamento”, para além das palavras, “como forma de garantia da dignidade de cada um, em sua diversidade.” (FREITAS; CASTRO, 2012, p. 11).

Historicamente, pode-se apontar a liberdade de expressão do pensamento como imprescindível para propagar o ideário das revoluções liberais, buscando, além da divisão dos poderes absolutistas vividos na época da monarquia, uma divisão entre o Estado e a religião, afastando a igreja de qualquer ingerência na área política. Nesse cenário, poderia a burguesia ascender no cenário político da modernidade. Essas transformações históricas, pautadas em um ideal liberal, aparecem firmadas nas declarações de Direitos posteriores às revoluções liberais, a fim de evitar retrocessos.

No direito internacional é possível destacar a liberdade de expressão do pensamento em alguns documentos que são de suma importância para a sua efetivação no ordenamento jurídico brasileiro. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, assinada na França em 1789, lança os fundamentos para a afirmação da ordem liberal, conclamando a relevância das constituições para esse propósito em seu artigo 16.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, também ratificada pelo Brasil, abarca no artigo 19 a liberdade de opinião e de expressão, apresentada, também, pela possibilidade de buscar informações e de não se aquietar com fronteiras impostas quando não há equiparação de ideias.

A Constituição Federal brasileira apresenta a liberdade de expressão do pensamento em seu artigo 5º, elencando-a como atividade intelectual e artística, sendo-lhe vedada censura e licenças prévias,

demonstrando a postura libertária adotada pelo texto constitucional em relação à comunicação de opinião e ideias. Percebe-se com a vedação da censura e licenças que o Brasil, como a história em que se insurge a importância da liberdade de manifestação do pensamento, também busca repelir um passado marcado pelo controle desta manifestação, decorrente do regime militar.

O texto constitucional reflete, portanto, que o poder legislativo originário passa a dar prioridade à participação popular tanto na esfera do Estado quanto na autonomia de suas próprias escolhas, possibilitando uma análise crítica em que a democracia só existe por meio do pluralismo de ideias e tolerância de opiniões, que deve ser garantida pelo ente estatal, facilitador do diálogo.

No mesmo diapasão, o inciso IV do artigo 5º da legislação constitucional encontra reforço no artigo 220 do mesmo diploma legal, acolhendo a interlocução entre pessoas presentes, por meio de diálogos e discussões, quando desfrutado o direito a associação ou reunião, ambos inclusos no *caput* do artigo em análise.

Aliado à liberdade de expressar o pensamento tanto por meio da palavra falada, escrita, bem como a partir de outras formas de expressão, apresenta-se o direito de não ser obrigado a se expressar ou ser coagido a compartilhar seus posicionamentos, decorrente da não obrigatoriedade de produzir prova contra si mesmo. Portanto, o direito de permanecer calado é derivado do direito à liberdade de expressão do pensamento.

Ao observar essa dinâmica de movimentos sociais, formas de se expressar contemporâneas e modo como os pensamentos são influenciados, constata-se a importância que se dá a Liberdade de expressão do pensamento da construção da democracia, tanto quanto na autodeterminação de determinados grupos de pessoas de mesma cultura. Essas liberdades foram transformadas em veículos de relevante propagação de ideias necessárias para a construção de um novo paradigma sobre a

dignidade humana por meio da identidade de grupos e intercâmbio de opiniões e facilidade de reivindicações.

Em uma sociedade pós-modernismo denota-se um novo mecanismo de propulsão da expressão dos pensamentos: as mídias sociais. Nessas novas tecnologias, a informação se tornou mais fluida, a troca de ideias mais fácil, e a liberdade de expressão do pensamento passou a ser defendida e efetivada de forma mais igualitária na defesa da dignidade dos segmentos minoritários da sociedade, como se verificará no próximo capítulo.

### 3.1 NOVAS TECNOLOGIAS

Do estudo ora realizado, compreende-se que para o indivíduo ser livre é preciso que haja, pelo menos, duas pessoas em uma relação social. Em que pese outrora esse direito fosse uma regalia dada aos nobres e ilustres, característica dos poderosos, mais tarde perdeu a conotação de “bem-nascido”, mas continuou sendo um privilégio, destarte sendo garantido a todos os cidadãos.

A sociedade moderna, como reconhecida hoje, vê a ordem social como um fim e para isso precisa salvaguardar a segurança de seus administrados. É preciso, contudo, tomar cautela para não restringir a liberdade dos indivíduos na ânsia de proteger a segurança dos demais.

Ademais, nesse meio, a liberdade pressupõe interação social, cuja particularidade parece ser faceta permanente da condição humana. Nessa esfera, o modo como os indivíduos têm se relacionado em sociedade nos dias atuais é extremamente diferente daquele como quando a liberdade foi reivindicada pelos burgueses, sendo, inclusive, utilizada de forma abusiva, podendo lesionar direitos de outros.

Hannah Arendt (1999, p. 79-80) encara a moderna descoberta de intimidade como a construção de uma fuga do mundo exterior para

subjetividade interior do indivíduo, cujo abrigo outrora foi protegido pela esfera privada. Assim, faz-se uma confusão entre o que é íntimo e o que é privado, expondo maiores informações do que seria considerado “seguro” em um viés comum na sociedade.

Todo indivíduo insere-se no mundo pelo nascimento, e três são as formas pelas quais a vida foi dada ao homem, qual sejam: pelo labor, pelo trabalho e pela ação. O labor é “a atividade que corresponde ao processo biológico do corpo humano, cujo crescimento espontâneo, metabolismo e eventual declínio têm a ver com as necessidades vitais produzidas e introduzidas pelo labor no processo de vida. A condição humana do labor é a própria vida.” (ARENDETT, 1999, p. 15).

O trabalho pode ser compreendido como a atividade correspondente ao artificialismo da existência humana, não necessariamente contida no eterno ciclo vital da espécie. Assim, o trabalho modifica o ambiente natural das coisas, produzindo um mundo artificial. A ação, contudo, “é a única atividade que se exerce diretamente entre os homens sem a mediação das coisas ou da matéria, corresponde à condição humana da pluralidade, ao fato de que os homens, não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo.” (ARENDETT, 1999, p. 15).

No entanto, a condição humana não é somente estabelecida pelas formas nas quais a vida foi dada ao homem, vez que os homens são seres condicionados: tudo aquilo com o qual eles entram em contato torna-se imediatamente uma condição de sua existência. Dessa forma, tudo que é tocado pelo homem torna-se parte da sua condição humana, inclusive e principalmente os outros homens com quem convive tanto quanto as mídias que lhes influencia o pensamento (nem sempre) crítico.

Portanto, outrora foi escrito por especialistas que o labor e trabalho não necessitavam da presença dos outros seres humanos, podendo-se habitar e construir um mundo somente de um indivíduo, como os animais. No entanto, “só a ação é prerrogativa exclusiva do

homem; nem um animal nem um Deus é capaz da ação, e só ação depende inteiramente da constante presença dos outros.” (ARENDDT, 1999, p. 31).

A divisão entre o espaço público e privado do ser humano era identificado de forma vital na modernidade burguesa, a partir do pressuposto do fenômeno social de interação e diálogo. Isto porque, a esfera pública poderia ser descrita como local apropriado para “comunicação de conteúdos, tomada de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos.” (HABERMAS, 2003, p. 92).

Em contrapartida, os espaços privados eram dotados de intimidade e representavam a família e a sociedade civil, destinados ao exercício de faculdades privativas do ser humano, que se quer salvaguardar do conhecimento de outros indivíduos, em que os ideais permeiam nas esferas da privacidade, intimidade e sigilo, cuja comunicação era propiciada e intermediada entre as sociedades por meio da esfera pública.

A distinção entre a esfera pública e privada equivale à diferença do que deve ser exibido e o que deve ser ocultado. Pelo menos é o que se entendia até a era moderna. Hodiernamente, contudo, não é o que se vislumbra, vez que a liquidez das esferas da vida do indivíduo impede que se tenha uma delimitação do espaço laboral, de trabalho e íntima. Assim, a ideia aristotélica de que o homem é um animal político fundamenta-se no fato de este recebeu, além de sua vida privada, uma vida comum, em comunidade, espaço no qual se dá a ação e o discurso. Nesta conjuntura, a ação e o discurso são os meios pelos quais os homens manifestam-se entre si, tornando-os seres humanos.

Isto ocorre porque é com as palavras que se insere no mundo humano, como um segundo nascimento, em que se confirma o fato original e singular do aparecimento físico. Em suma, a ação e o discurso são o modo pelo qual o indivíduo manifesta a atividade política. A ação, então, constituiu a esfera pública, de modo que a ação política de cada ser humano

juntamente com seus pares é capaz de provocar no homem o sentimento de responsabilidade por si e pelo mundo. É pela capacidade humana de agir que se pode esperar do homem o inesperado. É a singularidade, não a igualdade, que promove a ação humana (ARENDETT, 1999, p. 191).

Dessa maneira, como os homens não nascem iguais, a igualdade deve ser capaz de suportar o pluralismo humano, de respeitar cada identidade, na esfera privada, e de garantir o igual direito a ter direitos, na esfera pública e a pertence a algum tipo de comunidade juridicamente organizada por meio do vínculo de cidadania. Castells (1999, p. 108) afirma que uma das características do novo padrão apresentado pelas mídias sociais é a “penetrabilidade dos efeitos das novas tecnologias.” Isso significa dizer que, sendo a informação necessária para as atividades dos seres humanos, todos os processos de sua existência passam a ser moldados pelos novos meios tecnológicos.

Nessa perspectiva, a tecnologia incorpora a sociedade e esta, por sua vez, utiliza-se da tecnologia. A interdependência destes setores de convivência humana apresenta impossibilidade de “separar o humano de seu ambiente material, assim como dos signos e das imagens por meio dos quais ele atribui sentido à vida e ao mundo.” (LÉVY, 2003, p. 22). Com efeito, a tecnologia tem papel condicionante na sociedade, mas nunca determinante, e esses fenômenos sociais não são operados de forma unilateral por relação de causa e efeito, uma vez que “a multiplicidade de fatores e agentes proíbe qualquer cálculo de efeitos determinantes.” (LÉVY, 2003, p. 26).

Neste contexto, Cremades (2009, p. 200) afirma que “a liberdade de expressão, com efeito, é parte essencial do micropoder surgido das mudanças sociais provocadas pela interatividade proporcionada pelas tecnologias digitais.” Essa nova percepção decorre do descomplicado acesso às redes proporcionam uma interação global entre as pessoas, além de um elemento indissociável do desenvolvimento econômico e cultural

da própria sociedade, constituindo, cada vez mais, fator importante na organização e estruturação das sociedades modernas.

Com o advento das tecnologias como jornais, rádios, televisão e, sobretudo, a internet, as informações passaram a atingir um número expressivamente maior de pessoas. Contudo, devido ser o homem um ser sugestionável e com grau de vulnerabilidade medido por meio da sua educação e de suas conquistas pessoais já alcançadas, atribui-se à tecnologia digital a possibilidade de manipular e transformar informações como se fazia com matérias primas em uma dimensão material.

Essa abertura ao capitalismo de explorar mercadorias no plano imaterial abarca uma nova tendência de consumo que carrega um novo tipo de exploração que consiste na retificação de informações, transformando-a em dados, isso quando o indivíduo não se utiliza dos meios inadequados – redes sociais, por exemplo – para propagar fatos sem a devida verificação da sua veracidade, adicionando seu juízo de valor.

Portanto, sendo o mundo virtual uma reprodução do mundo real e a internet e redes sociais utilizadas como meios de propagação de informações e discursos de opiniões faz-se necessário estender a proteção dos direitos fundamentais e humanos ao ambiente virtual. Além disso, a massificação das novas tecnologias apresenta novas formas de bloqueios indevidos tanto quanto novas formas de aparentes conflitos de direitos fundamentais, especialmente ligadas ao direito da liberdade de expressão do pensamento, devendo ser garantidas “as oportunidades e capacidades comunicativas” de todos os membros da sociedade (MICHELMAN apud SARLET, 2007, p. 51).

Destarte, a internet deixa de ser tão somente um meio de comunicação e passa a ser uma plataforma vista a partir de uma nova perspectiva, baseada na comunicação plural e interatividade entre os sujeitos. Em que pese possa-se observar uma maior uniformidade na distribuição das informações por meio das mídias sociais e demais formas de tecnologias, sendo possível que as informações cheguem aos indivíduos sem intervenção

dos interlocutores, é possível, ainda, disseminar as opiniões e os discursos que violem direitos alheios (CREMADES, 2009, p. 204).

Portanto, não há dúvidas de que as tecnologias digitais, tanto quanto as medias sociais, foram revolucionárias em campos até então dominados, como o informacional e de comunicação, tornando os internautas interlocutores da notícia e construtores da informação. Conseqüentemente, valorizar os acessos às novas tecnologias e redes sociais é requisito para fomentar a participação dos cidadãos de todas as classes e, com isso, promover a democracia.

Isto porque as novas tecnologias possuem custo muito menor dos meios de comunicação tradicionais (televisão e rádio), ampliando a liberdade de expressão aos cidadãos de classe econômica desprivilegiada. Ora, com a viabilização da ampla comunicação igualitária, há ampliação da liberdade de expressão e, conseqüentemente, possibilita novos conflitos, vez que o alcance das publicações realizadas é mais extenso que aqueles já existentes.

Cientes de que a liberdade de expressão do pensamento também pode ser manifestada pela expressão da identidade do sujeito como forma de garantir seu direito a singularidade, bem como cientes de que a sociedade brasileira é formada pelas diferenças de seus cidadãos, apresenta-se como as mídias sociais garantem tanto a liberdade de expressão quanto o princípio da igualdade material no que concerne ao auxílio dos indivíduos na medida de suas dificuldades, garantindo a oportunidade de opinião dos cidadãos em um Estado Democrático de Direito, e a forma como a internet garantiu a voz daqueles que outrora se encontravam sem oportunidade de expressar-se.

O Estado deve ser, portanto, um propulsor da igualdade fática, promovendo meios para a concretização da isonomia, considerando o maior grau que se possa atingir sobre o que é justo no atributo do princípio da igualdade numa estrutura normativa de direito positivo. Contudo não

é o que se depreende na realidade da garantia dos direitos fundamentais, distribuídos de forma assimétrica às necessidades dos indivíduos.

Nesse contexto, o princípio da igualdade consiste na garantia da igualdade de oportunidades, sendo que o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia. Desta forma, a igualdade passa a ser o valor mais alto de todo o sistema constitucional, tornando-se o critério magno e imperativo de interpretação da Constituição em matéria de direitos sociais.

Verifica-se, assim, que os direitos de liberdade de manifestação do pensamento e de igualdade deixaram de ser limitadores, para se converterem em valores diretivos do Estado Democrático de Direitos, ao qual recai o papel de garantidor destes (MELLO, 1995, p. 9). Portanto, as mídias sociais, aliada a propagação da internet e seu fácil acesso aos cidadãos de qualquer classe social, apresentam-se como um mecanismo de garantia do direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, garantindo a expressão da própria singularidade do sujeito de forma igualitária, haja vista propiciar uma paridade de armas.

Como nem todo benefício na ciência jurídica é absoluta, a igualdade e a liberdade de expressão fomentada pelo uso da internet e das redes sociais também não o são. E isso ocorre por dois motivos principais: primeiro pelo uso desenfreado da ferramenta, que acaba por trazer o pecado a partir do exagero; segundo que a desinformação e a falta de cuidado dos internautas no que concerne a verificação das verdades nos fatos apresenta uma violenta propagação de fatos falaciosos, que acabam

por prejudicar a economia de empresas,<sup>35</sup> quando não políticas públicas<sup>36</sup> que se demoraram anos para consolidar.

Essa agilidade na troca de informações e facilidade com que as pessoas se convencem das realidades apresentadas nas mais variadas fontes é apresentada por Baumann, equiparando com a mobilidade dos fluídos e líquidos, diante de sua leveza e inconstância, porquanto “quanto mais leves viajamos, com maior facilidade e rapidez nos movemos.” (BAUMAN, 2001, p. 8).

Portanto, o autor preocupa-se na facilidade com que as pessoas adquirem suas conquistas e na forma indiferente como se reportam a elas. Isto porque os indivíduos passam a frequentar uma rotina como se fossem algo temeroso, massacrante, criticando – em rede social e da forma que mais puder divulgar suas verdades – as peculiaridades da sua vida privada. Em contrapartida, o autor concorda que “imaginar uma vida de impulsos momentâneos, de ações de curto prazo, destituída de rotinas sustentáveis, uma vida sem hábitos, é imaginar, de fato, uma existência sem sentido.” (SENNETT apud BAUMAN, 2001, p. 29).

Justifica pelo fato de que a rotina traz a possibilidade de construção e de crescimento. E mais: caracteriza como principal indivíduo dessa sociedade moderna aquele cuja vida não atingiu os extremos para torná-la sem sentido, e suas futuras ferramentas de certeza, incluindo novas rotinas, serão consideradas como muletas para seguir os dias. O erro dessa sociedade é que ela deixou de questionar e, portanto, se basta em “sente-se absolvida do dever de examinar, demonstrar, justificar (e que dirá provar) a validade de suas suposições tácitas e declaradas.” (BAUMAN, 2001, p. 16-17).

<sup>35</sup> O exercício indevido ou exagerado da liberdade de expressão do pensamento, especificamente nas redes sociais, dentro e fora do ambiente de trabalho, que pode (ou não) ser limitado pelo empregador, em virtude do seu poder diretivo, será o objeto do estudo deste trabalho de dissertação.

<sup>36</sup> A exemplo das políticas públicas de vacinação, que demanda esforço coletivo durante muito tempo para conscientizar a população de um método preventivo de saúde (que além de garantir a saúde das crianças e adultos também alivia os cofres públicos evitando o tratamento de doenças futuras) que são facilmente descredibilizadas em correntes propulsivas em mídias sociais.

As afirmações trazidas não significam que a sociedade tenha reprimido o pensamento crítico, mas vem aceitando os indivíduos livres, como tal, que fazem da crítica uma realidade de insatisfação e a expressão desse desprazer como parte inevitável e obrigatória dos afazeres da vida de seus membros. Quando realizada de forma pública, em rede social e de maneira a degradar a imagem ou honra de outrem, pode vir a conflitar com outros direitos, também fundamentais, o que se busca evitar.

Ora, como já apontado, as mídias e novas tecnologias proporcionam que as pessoas de classes sociais distintas possam expressar-se para a mesma quantia de pessoas, fortalecendo a igualdade de informação dos indivíduos outrora considerados marginalizados, assegurando, inclusive, as identidades coletivas, que passam a concorrer com o direito a liberdades subjetivas iguais (de manifestação do pensamento), até porque “o não reconhecimento cultural coincide com condições rudes de demérito social, de modo que as duas coisas se fortalecem de maneira cumulativa.” (HABERMAS, 2002, p. 233).

O fomento desse reconhecimento cultural em que as reivindicações e opiniões das pessoas de classe menos favorecida são expressas para um número expressivamente maior de indivíduos, alcançando os ouvidos daqueles que detém o poder de realizar mudanças muitas vezes não se atém na preocupação fundamental de Habermas, que se define pela equiparação do argumento por meio de conhecimento detido pelos interlocutores. Assim, as informações e opiniões são propagadas e formadas sem qualquer controle ou crítica social, tornando aqueles com menor capacidade de compreensão cada vez mais vulneráveis ao convencimento de ideias prontas.

No entanto, vêm ao encontro da modernidade líquida apontada por Bauman as preocupações de Fraser no sentido de que há uma necessidade de equiparação argumentativa dos indivíduos em um discurso com a finalidade de afastar o caráter de argumentação e

convencimento, mas criar um ambiente de discussão com paridade de razões trazida por Habermas. Isto porque há uma linha divisória entre as desigualdades decorrentes do resultado das escolhas dos indivíduos e aquelas que surgem como resultado das circunstâncias além do controle dos indivíduos (FRASER, 2007, p. 126-127).

Sendo que apenas as desigualdades decorrentes das escolhas dos indivíduos são injustas, e que nem todas as hierarquias de valor institucionalizadas são injustas, é preciso tomar medidas que reduzam a discrepância entre as oportunidades de direitos que decorrem de circunstância alheia à escolha do indivíduo. As redes sociais e a internet são meios que permitem reduzir essa diferença de classes no que tange à liberdade de expressão do pensamento, vez que propagam as informações de maneira líquida e permite maior participação expressiva dos cidadãos, o que também apresente problemas quando utilizado de forma desenfreada.

Depreende-se que, mais do que a utilização das mídias sociais para expressar a insatisfação com qualquer situação, os internautas apresentam uma necessidade e utilidade das informações ali contidas para a vida das pessoas, atuantes tanto na liberdade de expressão do pensamento quanto na proteção da privacidade. Verifica-se, portanto, uma tendência de tomar como justificável a intrusão sobre a vida privada nas pessoas físicas ou jurídicas ou a adoção de responsabilidade de propagar informações de terceiros sobre a vida privada de alguém quando, aparentemente, houver relevância pública, mesmo que isso venha a expor o indivíduo.

Sendo que são propagadoras da liberdade de expressão e pensamento de seus internautas, faz-se necessário adequar as normas e formas de limitar esta liberdade a este novo modelo de propagar informações e opiniões, aplicando às normas jurídicas já existentes as novas formas de utilizá-los. É o que se compreende como novos direitos,

devendo ser aplicados aos casos de uso (ir)responsável da liberdade de expressão e pensamento nas redes sociais da mesma forma que a palavra escrita e oral já prevista constitucionalmente.

#### **4 LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO PENSAMENTO: UM DIREITO ABSOLUTO?**

A dignidade humana é efetiva ao cidadão quando lhe forem propiciados os meios necessários para garantir o mínimo de sua existência. Os valores desse “mínimo existencial” não se enquadram no estudo em tela, mas para que possam ser cumpridos, evidente que precisam ser reivindicados e apontados pelo próprio cidadão. Os direitos fundamentais, aqui compreendidos como direitos humanos positivados em certo ordenamento jurídicos, são mecanismos de dignificar a vida do homem. Logo, sendo a liberdade de expressão do pensamento imprescindível para que o cidadão busque suas condições mínimas de sobrevivência, ela é um direito fundamental. Nessa condição, é um direito absoluto?

De logo se afirma que não, contudo suas restrições só podem ser realizadas por meio de legislação autorizada pelo mesmo diploma legal que garante a liberdade seu valor supremo. Essa restrição se torna legítima na medida em que objetiva proteger direitos fundados na dignidade humana de terceiros, do próprio indivíduo, bem como dos valores sociais compartilhados na comunidade em que se expressa (BARROSO, 2012, p. 88). Uma justa restrição à liberdade é necessária para que todas as liberdades coexistam.

A busca pela garantia de liberdade de expressão surge com o intuito de evitar que o Estado abuse de seu direito perante seus administrados. Por ter a liberdade de expressão um viés voltado no cumprimento da dignidade humana, não se faz necessário somente limite para ações do Estado, mas também nas relações privadas, o que enseja em obrigações negativas e positivas para os indivíduos nas suas

relações sociais, ao que se conhece por eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Compreende-se tal fenômeno pela aplicação das liberdades públicas nas relações travadas entre particulares (BULOS, 2010, p. 530).

O direito à liberdade de expressão do pensamento está ligado umbilicalmente com o direito à informação, apresentando aparente colisão com a honra, imagem e a privacidade por várias vezes. Por tal motivo que este direito não é estendido uniformemente, mas sujeito a limitações. Nesse sentido, há uma necessidade de procurar um equilíbrio entre a liberdade de expressão e demais direitos previstos no ordenamento jurídico, até porque “algumas vezes nós devemos reduzir as vozes de alguns para podermos ouvir as vozes de outros” (FISS, 2005, p. 12-13), até para não abafar as vozes emanadas dos menos favorecidos, condenados pelo silêncio no debate público em momento anterior à sociedade digital.

Os abusos da utilização da liberdade de expressão do pensamento são proliferador de maneira proporcional aos meios de comunicação. O respeito a esta liberdade foi posto à prova na era pós-modernista, a partir incorporação das redes eletrônicas de comunicação. A ideia de fronteira, estabelecida pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 19, alínea 2,<sup>37</sup> hoje resta ultrapassada.

No entanto, embora as transformações nas relações sociais e nos avanços da comunicação sejam radicais devido aos avanços tecnológicos, a responsabilidade pelo abuso do gozo dos direitos às liberdades permanece o mesmo, sendo necessária a criação de acordos e mecanismos de responsabilidade dos culpados pela violação dos bens ou valores mencionados na alínea 3<sup>38</sup> do referido artigo, eis que já

<sup>37</sup> PIDESC, artigo 19, alínea 1: ninguém poderá ser molestado por suas opiniões. 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

<sup>38</sup> PIDESC, artigo 19, alínea 3: O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias.

há previsão de sua restrição e, no âmbito nacional, previsão legal de punição aos ofensores.

Destarte, mesmo diante de todas as previsões legais que asseguram a liberdade de expressão do pensamento, bem como de escolha dos indivíduos, seu exercício não se dá de forma ilimitada, sendo possível a repressão de toda e qualquer conduta que extrapole as balizas da esfera de seus próprios direitos. “É fundamental o entendimento de que a escolha, por definição, apresenta limites quanto ao seu exercício.” (FREITAS; CASTRO, 2012, p. 7).

A possibilidade de criação de limites aos direitos fundamentais concedida aos legisladores infraconstitucionais deve ater-se a dois princípios: o primeiro refere-se ao fato de que a própria Constituição delega ao legislador o poder de limitar um direito fundamental, podendo também ocorrer quando houver interpretação de necessidade de outras limitações necessárias ao caso concreto, não se adstringindo àquelas; o segundo é que mesmo os direitos sem previsão legal para limitação não são absolutos, requerendo, contudo, uma justificada necessidade de preservação de outros bens, que de igual modo possuem respaldo constitucional (CARVALHO, 1994, p. 26).

Contudo, ressalta-se que a legitimidade de tais limites fica condicionada a serem oriundos de leis em sentido estrito, possuindo como origem atos normativos, do Congresso Nacional, além de medidas provisórias e leis delegadas, e, portanto, decorrente de decisão proveniente da soberania popular. Se assim for realizado, será asseverada a defesa dos interesses da coletividade (FREITAS; CASTRO, 2012, p. 6/7).

Mill (1806, p. 60) já apontava os limites da expressão do pensamento, embora de forma utópica, afirmando que a expressão livre de todas as opiniões deve ser permitida sob a condição de que não passe dos limites de uma discussão honesta. Desta forma, a liberdade do

indivíduo deve ser limitada em grande parte, sendo que este não pode fazer de si um incômodo para outra parte.

A globalização e o surgimento da sociedade da informação têm favorecido os abusos na utilização da liberdade de expressão. Há uma competição para saber quem receberá maiores ouvintes nas redes sociais, em um mundo em que os internautas gritam, embora por vezes de forma silenciosa, por atenção. Nesse sentido, a evolução tecnológica requer dos sistemas jurídicos proteção às novas tecnologias de comunicação e garantias contra o seu mau uso. Essa é a razão pela qual, por vezes o ordenamento jurídico incentiva o uso desses novos meios de comunicação, e às vezes os limita (GONÇALVES, 1994, p. 9-10).

Com efeito, a garantia constitucional do direito à liberdade de expressão do pensamento se funda na ideia de responsabilidade. Isto porque, liberdade e responsabilidade são princípios correlatos e interdependentes para a manutenção da harmonia social. De certa forma, “nenhum momento da história moderna a liberdade de se expressar e se comunicar veio assegurada sem o correlato contrapeso”, tendo em vista que o exercício irresponsável dessas liberdades se torna uma fonte de tormento para os demais cidadãos e para a sociedade (JABUR, 2000, p. 234).

No caso específico da liberdade de manifestação do pensamento, a própria Constituição Federal prevê limites ao seu exercício, podendo ser citada a vedação ao anonimato, o direito de resposta, restrição a propagandas de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos e terapias, e dever de respeitar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Apontar-se-ão as características de algumas dessas formas de limitação, que possuem maior respaldo nas relações interpessoais do cotidiano dos indivíduos.

A primeira limitação à liberdade de expressão do pensamento disposta no texto constitucional é a proibição ao anonimato, cuja descrição encontra-se no art. 5º, IV. Tal proposta é bastante ampla no ordenamento jurídico brasileiro, com o intuito de evitar manifestações que tenham como

alvo apenas o desrespeito a outros direitos fundamentais, sendo vedadas manifestações anônimas de todas as formas (cartas, telefônicas ou internet), possibilitando a punição devida à transgressão às garantias alheias.

A segunda limitação consiste na inadmissibilidade de invocar a liberdade de expressão de crença religiosa, de convicção filosófica e política para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, prevista no art. 5º, VIII da Constituição Federal. Neste particular, é sancionável com perda ou suspensão dos direitos políticos a desobediência citada ou a rejeição ao cumprimento de obrigações a todos imposta ou a intransigência em não aceitar a prestação alternativa, também previsto pelo texto constitucional, no art. 15, inciso IV.

Embora defeso pela Constituição o anonimato e o uso da liberdade como forma de desrespeitar direitos de outrem, não há como impedir que ofensas sejam feitas, o que se interpreta da inviolabilidade dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, previstas no art. 5º, X, e 200 § 1º, ambos da Constituição Federal. A importância da proteção a esses direitos, decorre da sua autonomia como direitos fundamentais (artigo 5º, X, CF), além da aparente colisão frequente entre estes e as liberdades no plano da prática social, motivo pelo qual são destacados pelas doutrinas e pela legislação.

Isto posto, o que está ao alcance do Estado é a imposição de advertências a quem os comete. Uma das formas de advertir o uso da liberdade de expressão do pensamento de forma a violar direitos alheios é o direito de resposta, compreendida como reação ao uso indevido da mídia configurando um meio de satisfação que é devido àquele que sofreu violação ao seu direito a imagem e a honra, que deve ser somado à pecúnia de danos morais que lhe é devido.

Essa forma de rechaçar a ofensa deve ser exercida de forma proporcional ao dano sofrido pela vítima, tanto quanto a indenização a título de danos materiais, morais ou à imagem decorrentes do referido

abuso, que deve representar uma reprimenda ao ofensor, mas não pode significar enriquecimento sem causa do ofendido.

Os direitos de privacidade, nele abarcado a intimidade, vida privada e a imagem, constituem uma novidade trazida pela Constituição Federal de 1988, correspondendo ao interesse do cidadão em manter as esferas de sua vida privada e de suas intimidades resguardadas a indiscrição alheia.

De acordo com Habermas (2003, p. 101), a proteção da privacidade possui o condão de assegurar que não haja transgressões à esfera privada do ser humano, resguardando “uma zona inviolável da integridade pessoal e da formação de juízo e da consciência autônoma.” Evidente que nos dias atuais é muito tênue saber quais os elementos que fazem parte da intimidade de cada um, haja vista que há uma exposição exacerbada nas mídias sociais de informações que até então eram restritas a pessoas do convívio íntimo de cada cidadão. Contudo, isso não permite a invasão do espaço privado sob o argumento da liberdade da expressão do pensamento.

Inobstante haja um consenso sobre essas limitações e garantias, os direitos elencados são de ordem subjetiva e de difícil medida quando apresentada uma colisão. Não se pode negar que a doutrina e a jurisprudência debruçam-se para fornecer critérios hermenêuticos suficientes com o intuito de guiar racionalmente a superação da colisão em exame. Depreende-se, ainda, que há diversas teorias, que apresentam critérios de maior ou menor cientificidade para tanto, mas não há uma uniformização para a questão em tela. O resultado disso é que se está longe de constituir um quadro rígido e estabilizado de soluções.

Portanto, como descrito, a liberdade de expressão do pensamento permeia diversos âmbitos, protegendo diversos valores e assegurando garantias fundamentais constitucionalmente dispostos a fim de proporcionar um ambiente de autoconstrução de sua identidade. Contudo, alguns dos pensamentos manifestados em nada contribuem

para este propósito, mas incitam a violência, desqualificam e inferiorizam demais indivíduos ou grupos sociais, impedindo a sua livre manifestação.<sup>39</sup>

Os direitos e liberdade, em especial a liberdade de expressão do pensamento, devem, portanto, existir em harmonia com os demais previstos na ordem jurídica brasileira, não apenas culminando vários benefícios para si, mas sim permitindo a convivência em paz na sociedade, como buscado desde os tempos mais remotos. Para tanto, “cada pessoa tem de ter um direito igual ao esquema mais extenso de liberdades básicas iguais que seja compatível com um esquema semelhante de liberdades para os demais.” (RAWLS, 2000, p. 53).

É fácil perceber que o exercício da liberdade da expressão do pensamento de forma absoluta e sem qualquer restrição ensejaria na provável violação a outros princípios constitucionais de soberania popular, cidadania e dignidade da pessoa humana, razão pela qual tais princípios constituem fundamentos para que condicione a utilização de tal liberdade, sempre que for exigido nas circunstâncias do caso concreto.

As restrições tácitas, cuja previsão legal reconhece sua validade, mas não discorre as possibilidades de forma expressa, podem ser justificadas pelo caráter *prima facie* das liberdades asseguradas na Constituição Federal, revelando que os princípios abarcados neste diploma legal devem ser concretizados da melhor forma possível, consoante às possibilidades jurídicas e fáticas.

Assim, a adequada delimitação aos discursos de reprimenda, bem como a proteção à liberdade de expressão somente será possível a partir da correta compreensão sobre o que esses núcleos representam.

---

<sup>39</sup> Um exemplo de manifestação do pensamento que perpassa as qualidades do direito à liberdade expressiva é o discurso do ódio, cujo núcleo consiste na “manifestação do pensamento, incitação à violência, características físicas ou comportamentos sociais; e grupos vulneráveis.” (CARCARÁ, 2014, p. 55). As ideias de carga negativa que carregam são embutidas de preconceito e discriminação, produzindo efeito contrário à essência da liberdade de expressão do pensamento, qual seja uma demanda por tolerância.

Uma posição contrária à exposta ensejaria na configuração de um crime, na sua apologia ou mesmo na incitação dele.

Desta forma, embora o direito à liberdade de manifestação do pensamento seja direito fundamental que garanta a efetivação da dignidade humana por meio do fomento das reivindicações do mínimo existencial de cada indivíduo, não se dá de forma absoluta, eis que sua utilização desenfreada possivelmente ensejará na violação de direitos dos demais, motivo pelo qual o legislador constituinte já percebeu possibilidades de sua limitação, permitindo que outras reprimendas sejam feitas, reconhecendo que o Direito não é estático e, portanto, deve sujeitar-se as transformações da sociedade; bem como que tais transformações se dão de forma tão vertiginosa que não seria possível acompanhá-las no âmbito legislativo.

## **5 CONCLUSÃO**

A partir da análise das concepções da dignidade da pessoa humana, apresentada como garantidora do mínimo existencial para os indivíduos, e dos direitos fundamentais, elencados com a finalidade de servir como suporte da dignificação do homem, denota-se que a liberdade de expressão do pensamento é imprescindível para o exercício de tais direitos. Nesse contexto, sendo a liberdade à conduta pelo qual os cidadãos podem expressar quais são os direitos mínimos que precisam ser garantidos para sua sobrevivência, garante seu patamar de reconhecimento como direito fundamental.

Concluído isso, parte-se para a investigação do uso da liberdade de expressão a partir do avanço tecnológico que desencadeou o surgimento da sociedade da informação, denota-se uma maior propulsão das ideias expostas, que chegam a um número cada vez maior de pessoas. Esse avanço,

em que pese traga uma garantia de igualdade aos interlocutores, apresenta uma grande preocupação, qual seja o conteúdo das informações propagadas.

Isso não decorre tão somente da veracidade das mesmas – importante característica do direito à informação – mas também do conteúdo da crítica e dos juízos de valor a serem expostos, que muitas vezes ultrapassam a esfera pública de terceiros e acabam violando outros direitos fundamentais, como a honra, a imagem e a própria dignidade em proporções inimagináveis.

A partir dessa constatação, pode-se afirmar que a liberdade de expressão do pensamento é um direito fundamental, porém não absoluto. Isto porque, em que pese seja um direito característico dos regimes estatais democráticos, garantidor da própria democracia, está intimamente ligada ao direito à honra, imagem, e informação, podendo ser restritos nas condições que fere a moral e os bons costumes, além dos demais direitos fundamentais sobre outro sujeito, como forma de garantir a ordem social.

Esta possibilidade de limitação das expressões de pensamento de forma livre, inclusive nas mídias sociais, acaba se tornando extremamente frágil, motivo pelo qual deve ser realizada com muita cautela e nas hipóteses previstas na legislação constitucional ou infraconstitucional. Portanto, compreende-se que as liberdades conquistadas não possuem condão absoluto, muito embora sejam, por diversas vezes, protagonistas dos direitos que dela derivam, podendo ser restringidas quando desrespeita outras garantias fundamentais, sem que isso se caracterize como violação da própria liberdade.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007.

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Tradução: Roberto Raposo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução: Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BERLIN, I. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Tradução: Wumberto Hudson Ferreira. Brasília, DF: Ed. da UNB, 1981.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2013.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988.

BURDEAU, G. *Leslibertés publiques*. 4. ed. Paris: Press Universitaires de France, 1972.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Editora Livraria Almedina, 2002.

CARCARÁ, Thiago, Anastácio. *Discurso do ódio no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede: Do Conhecimento à Política. In: CARDOSO, Gustavo; CASTELLS, Manuel (org.). *Sociedade em Rede: Do Conhecimento à Ação Política*. Lisboa: Imprensa Nacional, 2005.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CHEQUER, Cláudio. *A liberdade de expressão como direito fundamental prima facie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CHEVALIER, Jean Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias*. Tradução: Lydia Cristina. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1998

CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

COULANGES, F. *A cidade antiga*. Tradução: Fernando de Aguiar. Lisboa: Clássica, 1971.

CREMADES, Javier. *Micropoder: a força do cidadão na era digital*. Tradução: Edgard Charles. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2009.

FISS, Owen M. *A Ironia da Liberdade de Expressão*. Tradução e Prefácio: Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FONSECA, Maria Hemília. *Direito do Trabalho: um direito fundamental*. São Paulo: Editora São Paulo, 2009.

FRASER, Nancy. *Lua Nova*. São Paulo: [s. n.], 2007.

FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*: Um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. In: BAEZ, Narciso L. X. et al. (org.). *Os desafios dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2012. p. 323-344.

GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da informação*. Coimbra: Almedina, 1994.

GONÇALVES, William Couto. *Gênese dos direitos humanos na antiga filosofia grega*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2009. (Coleção A obra-prima de cada autor).

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*: conflitos entre direitos da personalidade. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

LASKI, H. J. *Las libertas enel estado moderno*. Tradução: Eduardo Watshaver. Buenos Aires: Abril, 1945.

UNESCO. *Les Dimensions internationales des driuts de l 'homme*. Unesco: [s. n.], 1978.

LOCK, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. 4. ed. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco; Petrópolis: Editora Vozes, 2006

LONGO, Adão. *O direito de ser humano*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004

LÓPEZ CALERA, Nicolás. *Filosofía del derecho (I)*. Granada: Colmares, 1997.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*. Florianópolis: Insular, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MICHELMAN, Frank. Relações entre democracia e liberdade de expressão: discussão de alguns argumentos. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MILL, John Stuart. *Ensaio sobre a liberdade*. São Paulo: Editora Escala, 1806.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas. 2002.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2008

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf). Acesso em: 27 jul. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. 1976. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>. Acesso em: 27 jun. 2018.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La tercera generación de los Derechos Humanos*. CizurMenor: Aranzadi, 2006.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

RIDOLA, Paolo. *A dignidade humana e o "princípio liberdade" na cultura constitucional europeia*. Coordenação e revisão técnica: Ingo Wolfgang Sarlet. Tradução: Carlos Luiz Strapazzon, Tula Wesendonck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

RUIZ, Thiago. O direito à liberdade: uma visão sobre a perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista do Direito Público*. Londrina, v. 1, n. 2, p. 144, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *A dignidade humana e os direitos fundamentais sociais como referentes do Estado Democrático de direito*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2016.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *Social Rights as Fundamental Rights*. New York: Raider Publishing Internacional, 2011.



# CONCEPÇÕES DE AUTONOMIA: A INFLUÊNCIA DE JEAN L. COHEN PARA A CONSTRUÇÃO DA AUTONOMIA DECISÓRIA

Cassiane Wendramin<sup>40</sup>

## RESUMO

O objetivo deste texto foi analisar a noção intrínseca de autonomia para conjugá-la à autonomia decisória pontuada por Jean L. Cohen, na dimensão do direito à privacidade. A problemática envolve o repensar de uma autonomia na modernidade, ou até mesmo pós-modernidade, que sustente a possibilidade de o indivíduo decidir a respeito de bens jurídicos que o atinjam exclusivamente, representando reflexo de seu direito à privacidade, a autodeterminação. Para tanto, utilizando-se de uma pesquisa teórica, pautada no método dedutivo e, com base na metodologia analítica, analisou-se a conexão entre autonomia e liberdade, permeando por aspectos semântico, filosófico e histórico da autonomia, para então distinguir autonomia da vontade e autonomia privada. Ao final, a autonomia decisória na dimensão do direito à privacidade proposta por Jean L. Cohen foi descrita para chegar à conclusão da necessidade de uma reformulação da concepção de autonomia, na modernidade, pautada na autodeterminação do indivíduo, respeitando-se o *right to be let alone* e a *decisional privacy* a fim de abranger e respeitar essencialmente a decisão do indivíduo.

**Palavras-chave:** Dignidade da Pessoa Humana. Liberdade. Autonomia. Autonomia Decisória.

---

<sup>40</sup> Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó/SC, linha de pesquisa Direitos Fundamentais Civis: A Ampliação dos Direitos Subjetivos. Advogada.

## I INTRODUÇÃO

O ser humano, apesar de dotado do poder de escolha frequentemente utilizado em vários momentos de sua vida e desenvolvimento, não tem a faculdade de eleger e controlar o início de sua própria vida. O ser gerado e o nascer são momentos frutos da vontade alheia do indivíduo. No entanto, com o nascimento há o início da condição humana efetiva e a aquisição da personalidade jurídica (lembrando-se da salvaguarda legal dos direitos do nascituro que retroagem à concepção – artigo 2º do Código Civil).

Assim sendo, nota-se que o direito à vida é objeto de tutela pela ordem normativa de um país, e em decorrência disso também os demais direitos que intrinsecamente resguardam a vida, dentre eles o direito à privacidade.

A interferência do Estado na esfera privada do indivíduo é reflexo do desenvolvimento social, notadamente porque cada vez mais as inovações tecnológicas geram a preocupação com a proteção da privacidade pessoal e, também, com a redefinição da estreita linha entre o público e o privado.

Já não se pode mais considerar a definição clássica entre público e privado, assim como não se admite mais a possibilidade de não se discutir sobre o domínio da própria vida, de se aceitar que haja impedimento de o indivíduo se autodeterminar a partir de suas concepções, quando elas atinjam exclusivamente o seu ser.

Diante desse cenário de modificações interpretativas constante é que permeia o cerne do presente trabalho, visando-se questionar as concepções de autonomia – da vontade e privada –, para tentar vislumbrar se a autonomia decisória apontada por Jean L. Cohen traria ao indivíduo da pós-modernidade o respeito ao direito à privacidade pautado na autodeterminação, possibilitando-o uma menor interferência estatal em sua vida privada e, de mesmo modo, uma autogestão de seu bem jurídico.

Assim sendo, na primeira parte deste trabalho, trabalha-se com conceitos de liberdade e autonomia, com o fim de demonstrar a interligação entre eles e para embasar o desenvolvimento da autonomia que subsistira no tópico sequencial, abordando-se o contexto semântico, histórico e filosófico da autonomia.

Chega-se, então, a denominada “várias faces da autonomia” explanando-se a respeito da conceituação e distinção entre autonomia da vontade, privada e decisória, visando-se redefinir esses panoramas para possibilitar a construção de uma autonomia pós-moderna que abranja a autodeterminação do indivíduo.

Desse modo, enfrenta-se a temática relacionada à autonomia visando reformular um conceito que se embase no direito à privacidade, pautado na definição de autodeterminação de Jean L. Cohen, abrangendo-se essencialmente a decisão do indivíduo sobre si próprio.

## 2 LIBERDADE E AUTONOMIA

Seja pelo senso comum ou através da contextualização formulado pelo direito, ou mesmo pela filosofia, fato é que a concepção de autonomia é divergente e não possui um único sentido, mesmo podendo-se inferir facilmente sua intrínseca ligação com a ideia de liberdade.

Para o senso comum, a autonomia é a própria liberdade, a qual revela um conceito amplo, compreendendo-se como “quase tudo aquilo que, a partir de algum ponto de vista, é considerado como bom ou desejável.” (ALEXY, 2017, p. 218).

Sob uma análise simplista, autonomia e liberdade pressupõe a mesma ideia, contudo é importante algumas considerações sobre esses conceitos.

Liberdade, em sentido *lato sensu*, está adstrita à possibilidade de ser limitada por forças legais legítimas. No entanto, a autonomia é a parte da liberdade que não pode ser suprimida pela interferência do

estado ou da sociedade, uma vez que abrange as decisões básicas da pessoa.<sup>41</sup> (CHAVES, 2018).

Portanto, infere-se que o conceito de liberdade<sup>42</sup> é tão extenso que a sua definição se torna uma tarefa difícil. Fato é que o desenvolvimento humano e social é – e sempre foi e será – marcado pela luta constante pela liberdade, de modo há nítida evolução de conceitos relacionados à liberdade.

O direito de liberdade apostado na Revolução Francesa pautado no ideal de Kant era em um dos dois sentidos principais do termo, ou seja, “como autodeterminação, como autonomia, como capacidade de legislar para si mesmo, como a antítese de toda forma de poder paterno ou patriarcal, que caracterizara os governos despóticos tradicionais.” (BOBBIO, 2004, p. 80).

Assim, infere-se – a partir de sua origem e evolução – que autonomia indica a capacidade de dar a si as suas próprias leis, denotando-se que liberdade, por ser mais amplo, implica autonomia (LUÑO, 2006).

Liberdade decorre da ausência de vínculos, pressões ou coações externas (liberdade negativa), pressupondo a garantia de não intervenção de poderes ou forças externas no desenvolvimento da atividade (LUÑO, 2006).

Thomas Hobbes, em sua perspectiva mais elementar, definiu liberdade como a ausência de resistências externas, que poderiam obstruir os movimentos possíveis aos corpos naturais, vislumbrando-se uma ideia contrária à concepção de restrição de liberdade, muito associada à escravidão (HONNETH, 2015).

Decorrência dessa concepção, em uma configuração naturalista, Hobbes traçou uma inferência para liberdade de seres que, como os

---

<sup>41</sup> “Merely to differentiate autonomy and freedom, the same author recalls that freedom has a broader scope, which may be limited by external lawful forces. But autonomy is the part of freedom that cannot be suppressed by interference from the state or society as it covers basic persona decisions. Therefore, autonomy is the ability of someone to make decisions and personal choices throughout life, based on their own conception of good, without undue external influences.” (CHAVES, 2018, p. 114).

<sup>42</sup> Importante pontuar a existência dos conceitos de liberdades positiva e negativa; liberdades liberal e democrática (Norberto Bobbio); e liberdades dos antigos e dos modernos (Benjamin Constant).

homens diferente dos meros corpos, possuem uma “vontade”; desse modo, a liberdade consiste em não ser obstruído por resistências externas na busca de realizar seus objetivos (HONNETH, 2015).

Segundo o que se pode entender como definição de realização de objetivos, “um homem livre é aquele que não é impedido de fazer o que tem vontade de fazer naquelas coisas que é capaz de fazer graças à sua força e ao seu engenho.” (HONNETH, 2015, p. 44).

José Afonso da Silva (2009, p. 305) propôs o seguinte conceito: “liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal.”

Fato é que a autonomia decorre do exercício da liberdade, vinculando-se fortemente à ideia de liberdade positiva, todavia, não deixando também de ter relação com a concepção negativa de liberdade, divisão de conceituação que se atribui a Isaiah Berlin.<sup>43</sup>

Isso porque a liberdade positiva pode ser compreendida como a situação pela qual o indivíduo tem a possibilidade de orientar sua vontade visando um objetivo proposto por ele próprio, a tomada de decisão própria sem interferência da vontade de outros.<sup>44</sup> A liberdade de ação independentemente de causa opositiva (ALBUQUERQUE FILHO, 2016).

A liberdade positiva é, então, a capacidade de autodeterminação, pressupondo que o indivíduo contenha as condições necessárias para agir, não apenas exigido pela mera ausência de interferências externas.

Noutro aspecto, a liberdade negativa pressupõe a ausência de impedimento, a possibilidade de fazer, contudo também inclui a possibilidade de não fazer ante a ausência de constrição, de modo que a liberdade de ação

<sup>43</sup> Isaiah Berlin propôs uma liberdade definida simplesmente como “negativa” e uma liberdade entendida como “positiva” (HONNETH, 2015, p. 42).

<sup>44</sup> “Já a liberdade positiva, de acordo com o pensador de Turim, coincide com “a situação em que um sujeito de direito tem a possibilidade de orientar sua vontade em direção a um objetivo, de tomar decisões, sem ver-se determinado pela vontade dos outros.” (SARMENTO, 2005, p. 175).

estaria vinculada à inexistência de obstáculo, que se existisse, impossibilitaria a prática de tal liberdade (ALBUQUERQUE FILHO, 2016).

A liberdade negativa tem suas raízes no liberalismo, notadamente o liberalismo clássico, de modo que decorre de sua origem a concepção de liberdade enquanto não impedimento, o agir livremente desde que suas ações ou escolhas não atinjam e prejudiquem outrem.<sup>45</sup>

Portanto, “tem-se definido que o princípio da autonomia da vontade tem como pressuposto a liberdade dos indivíduos consubstanciadas numa vontade de agir, vontade esta que pode ser objeto de questionamento e interferência no consciente do indivíduo.” (ALBUQUERQUE FILHO, 2016, p. 198).

Daniel Sarmiento (2005, p. 175) visando demonstrar a diferença entre as mencionadas liberdades – positiva, definida como liberdade *para* (*freedomto*), e negativa, liberdade *de* (*freedomfrom*) – cita um exemplo colhido em Ernst Tugendhat, segundo o qual “um alpinista que caiu na fenda de uma rocha está, no sentido negativo, livre para sair porque ninguém impede isto, enquanto no sentido positivo ele não está livre, porque não tem as condições para tal.”

A partir disso, parece ser intrínseca a conexão existente entre liberdade e autonomia, de modo que a autonomia decorre da liberdade.

## 2.1 O CONTEXTO SEMÂNTICO, HISTÓRICO E FILOSÓFICO DA AUTONOMIA

A importância de trabalhar a terminologia é tão importante quanto debater a temática, isso para que não se corra o risco de realizar uma interpretação equivocada ou ampliativa dos conceitos.

---

<sup>45</sup> “Segundo Bobbio, por liberdade negativa entende-se “a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir ou não agir, sem ser obrigado a isso ou sem que o impeçam outros sujeitos” 19. É a liberdade como ausência de constrangimentos.” (SARMENTO, 2005, p. 174).

A definição de autonomia continua sendo difícil, notadamente devido à sua extensão, percebendo-se que pode variar tanto no seu significado quanto na sua aplicação (REICHERT; WAGNER, 2007).

A semântica da palavra autonomia remete à origem grega significando a representação da concepção de si mesmo, decorrendo da junção de duas palavras gregas *autóse nomói*. O termo “autós” significa o mesmo, ele mesmo, por si mesmo; enquanto que “nomói” tem o sentido de norma ou regra. Logo, a junção dos termos resulta na palavra autonomia que ingressou no vernáculo, provavelmente, mediante a influência francesa (*autonomie*) (RODRIGUES JUNIOR, 2004).

Autonomia, etimologicamente, significa propriamente a “competência humana em ‘dar-se suas próprias leis’.” (SEGRE; SILVA; SCHRANM, 2005, p. 3).

Sarmiento (2005, p. 182) define autonomia como o poder do sujeito em “autogovernar a sua esfera jurídica, tendo como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas.”

Por sua vez, Otavio Luiz Rodrigues Junior (2004, p. 113) pontua que o significado de autonomia, tanto em dicionários como em termos vulgares, perpassa a ideia de “independência, liberdade, auto-regulação de condutas, autogoverno.”

Filosoficamente, autonomia indica a condição de uma pessoa ou de uma coletividade, capaz de determinar por ela mesma a lei à qual se submeter, tendo como definição antônima a heteronomia (SEGRE; SILVA; SCHRANM, 2005, p. 3).

Fato é que o ato de exercício da autonomia se designa “declaração de vontade”. Compreende-se, todavia, modernamente, que o ato de autonomia não representa o valor em si, enquanto expressão de mera vontade ou ilimitado poder de autorregulamentação do sujeito,

mas recebe tutela quando realiza uma função socialmente apreciável e juridicamente meritória. Não se pode olvidar, inclusive, que a vontade só tem relevância quando declarada (BARBOZA, 2010).

Não obstante os sentidos semântico, etimológico ou filosófico do termo autonomia, a noção histórica de autonomia do homem pode ser ligada ao cristianismo primitivo, visto que nas comunidades cristãs se concedeu aos humanos o livre arbítrio para que o indivíduo pudesse escolher em seguir ou não os ensinamentos de Cristo, demonstrando a importância da vontade individual (SCHRAMM; BATISTA, 2008).

Em que pese a pontuação a respeito da influência religiosa à denominação do conteúdo de autonomia, observa-se que o termo enquanto no contexto trazido foi utilizado *a priori* com viés político, para se referir à autogestão das cidades-estados independentes gregas (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2013).

A palavra autonomia era empregada originalmente para campo político com a conotação de independência ou autodeterminação de um Estado. Entrementes, Jean-Jacques Rousseau, na obra “do contrato social”, inferiu-se a ampliação da denominação da autonomia (em que pese ele não ter se utilizado desse termo) da esfera jurídico-política para o domínio moral, integrando a ideia de “obediência à lei que nos prescrevemos” (CANTO-SPERBER, 2013).

A tensão entre liberdade e opressão que existia nos tempos da antiguidade clássica é referida no dramático diálogo entre Antígona e o Rei de Tebas.<sup>46</sup> Assim, os gregos foram os responsáveis pela produção de diversos libelos a favor do humanismo (termo moderno), na busca de oportunidades para desmentir os filósofos (RODRIGUES JUNIOR, 2004).

---

<sup>46</sup> “De fato, Antígona grita aos recônditos espaços que há uma lei natural acima das leis positivas e que o direito de enterrar seus mortos é uma prerrogativa humana que nem o mais poderoso dos tiranos poderia suprimir.” (RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 114).

No Egito, o Faraó era o deus que conseqüentemente tornava os demais homens instrumentos exclusivos dele, na medida em que diversos indivíduos, voluntariamente, renunciavam qualquer esperança de uma vida digna em favor da acumulação de todas as vitórias em prol do deus cultuado (RODRIGUES JUNIOR, 2004).

Ademais, na Grécia antiga, mas já na doutrina do contrato social, dentre a ideia de democracia laica, a qual preconizava valores humanos permanentes, denotou-se em um diálogo entre Sócrates e Hípias<sup>47</sup> o reflexo da autonomia na confecção de um contrato, oriundo das leis, vontades, das partes (RODRIGUES JUNIOR, 2004).

Desse modo, notou-se a quebra da invocação dos deuses para fundamentar uma relação socialmente constituída. “Os homens fazem as leis e sua vontade é o elemento genético daquelas.” (RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 115). Infere-se, assim, a entrada de um novo elemento, a partir dos séculos XVIII e XIX, no qual a emanção do querer humano torna-se a expressão de autogoverno.

Essa aproximação entre autonomia e vontade derivada do Liberalismo é decorrente da vontade enquanto fonte de direito e contrato, considerando-a como forma sublime de exteriorização, qualificando, assim, a autonomia da vontade (RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 114).

Era nesse espaço que a realização da vontade se operava, que se desenvolviam as relações intersubjetivas de cunho não-público, distinguindo-se, assim, a expressão “autonomia”, a qual se referia apenas ao Direito Público e a tudo aquilo que se relacionasse com organização dos governos e seus institutos, da autonomia da vontade, na esfera privada.

---

<sup>47</sup> “Não há algo de mais eloqüente a tal respeito que o diálogo entre Sócrates e Hípias, em que se percebe a lei como resultante de um contrato: - Sócrates: Tem algum significado para ti a expressão lei do Estado? - Hípias: Certamente. - Sócrates: E que acreditas que elas são? - Hípias: Contratos ou pactos feitos pelos cidadãos, pelos quais eles estabeleceram e promulgaram aquilo que se deve fazer e aquilo que se não deve fazer.” (RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 115).

Desse modo, a autonomia da vontade, em meados dos séculos XVIII e XIX, passou a exercer importante função no modelo jurídico ocidental moderno, notadamente na esfera econômica (RODRIGUES JUNIOR, 2004).

Também serviu, em uma concepção filosófica, para referir à “condição do homem de domínio de si mesmo, autodomínio não da vontade, mas da razão e do conhecimento sobre impulsos sensíveis.” (BARBOZA, 2010, p. 35).

Logo, a autonomia enquanto liberdade de autocondução decorreu da valorização do homem enquanto ele próprio, individual, ligado ao desenvolvimento do racionalismo e do liberalismo.

A modernidade do indivíduo que o construiu como um sujeito moral, dotado de valores que norteiam seu julgamento e a práxis de sua vida social ganhou respaldo no Iluminismo, a partir da filosofia kantiana do imperativo categórico da moralidade segundo o qual o homem, ser racional, é um fim em si mesmo (BARBOZA, 2010).

No século XX, todavia, sua formulação original foi questionada, a transformação da moral em ética aplicada, marcada pela “substituição” dos deveres absolutos por deveres *prima facie*, colocam sua formulação original em xeque (SCHRAMM; BATISTA, 2008, p. 210).

Portanto, é possível constatar que a definição de autonomia não foi um conceito que permaneceu estanque durante sua transição, não obstante ter o cunho de liberdade sempre contido em sua evolução.

### **3 AS VÁRIAS ‘FACES’ DA AUTONOMIA: A AUTONOMIA DA VONTADE, PRIVADA E DECISÓRIA (AUTODETERMINAÇÃO): DISTINÇÃO ENTRE OS VOCÁBULOS À (RE)DEFINIÇÃO DE CONCEITOS**

A rigor aparentemente não há distinção no que toca à autonomia, todavia, a adjetivação do termo (vontade, privada e decisória)

é que representa substancialmente a mudança de significado. Sabe-se que autonomia etimologicamente tem o condão de conferir a ideia de reger-se segundo suas próprias leis.

É necessário reconhecer, no entanto, que não há apenas uma autonomia da vontade, mas sim, verdadeiramente, diversas autonomies, cujas visões de cada época firmam uma nomenclatura e um significado específico (RODRIGUES JUNIOR, 2004).

Nos tempos modernos, inferiu-se a existência de duas visões específicas a respeito da expressão autonomia da vontade, a que tradicionalmente é conhecida – de Immanuel Kant – e a que decorre da influência que o direito internacional impulsionou à expressão no século XIX<sup>48</sup> (RODRIGUES JUNIOR, 2004).

Para a moral kantiana, a definição de autonomia da vontade pode ser compreendida como “a propriedade da vontade de ser ela mesma sua lei”, pela qual foi expressada através do imperativo categórico “age segundo a máxima tal que possas, ao mesmo tempo, querer que ela se torne lei universal.” (KANT, 2009, p. 59).

O Filósofo de Königsberg considerou que o princípio da autonomia significa que “a vontade de todo o ser racional esteja necessariamente ligada a ela como condição, é coisa que não pode demonstrar-se pela simples análise dos conceitos nela contidos, pois se trata de uma proposição sintética.” (KANT, 2009, p. 85).

Nessa linha, Ingo Sarlet, que adota a concepção ambivalente de dignidade, ressalta que autonomia da vontade pode ser transcrita como “a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres

<sup>48</sup> “Anoto-se, contudo, a posição de Véronique Ranouil (1980, p. 55), fortemente lastreada, no sentido de que a expressão ingressou no direito interno a partir de contribuições dos internacionalistas no século XIX, ao estilo de Brocher e Weiss. Nadia de Araujo (2000, p. 50), ainda que de modo indireto, também reconhece que os autores do Direito Internacional, no Oitocentos, desenvolveram o conceito de autonomia da vontade, fazendo-o a partir das posições de Charles Dumoulin no século XVI.” (RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 117-118).

racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana.” (SARLET, 2013, p. 33).

Além disso, a autonomia da vontade, integrando o elemento ético do conteúdo da dignidade da pessoa humana, na concepção tripartite<sup>49</sup> proposta por Luís Roberto Barroso (2010), conduz à noção central de autodeterminação, à ideia de que a definição das regras que irão reger a vida compete a apenas a cada pessoa<sup>50</sup> (POST, 2000). Consiste, então, na “capacidade de autodeterminação, o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade. Significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas.” (BARROSO, 2010, p. 24).

O citado autor relembra a moral kantiana, pautada na ideia de que cada indivíduo dá a si mesmo a concepção daquilo que deve seguir, sem imposição externa, contudo, aposta na autonomia do indivíduo, embasada na razão, independência e escolha (CUNHA E CRUZ; BALBINOT, 2017, p. 24).

Essa autonomia da vontade integra a essência da dignidade da pessoa humana, na medida em que a deixa livre de influências externas indevidas para, ao longo de sua vida, decidir e fazer escolhas de acordo com sua própria concepção de bem.

Em sua dimensão jurídica, no plano dos direitos individuais, a dignidade se desenvolve como autonomia privada, porque “presente no conteúdo essencial da liberdade, no direito de autodeterminação sem interferências externas ilegítimas, nas possibilidades objetivas de decisão

---

<sup>49</sup> A concepção tripartite da dignidade proposta por Luís Roberto Barroso (2010, ps. 20/30), aborda os três elementos essenciais à dignidade da pessoa humana: valor intrínseco, autonomia e valor social da pessoa humana. O valor intrínseco, que é o elemento ontológico da dignidade, está ligado à natureza do ser, ao que é comum e inerente a todos os seres humanos. A autonomia, por sua vez, à razão e ao exercício da vontade na conformidade de determinadas normas. Enquanto que o valor social representa uma concepção ligada a valores compartilhados pela comunidade, segundo seus padrões civilizatórios ou seus ideais de vida boa.

<sup>50</sup> “We have some idea what it means for a person to be autonomous, for a person to lay down the rules which shall govern his own conduct.” (POST, 2000, p. 3).

e escolha”, e, também no plano político, quando a dignidade se expressa como “autonomia pública, identificando o direito de cada um participar no processo democrático.” (BARROSO, 2010, p. 24).

Apesar disso, fato é que a autonomia é reconhecida, tanto na concepção de Ingo Sarlet (dimensão dúplice), quanto na tripartite de Luís Roberto Barroso, como elemento da dignidade da pessoa humana. Todavia, esse reconhecimento de liberdade como corolário da dignidade não confere ao indivíduo a irrestrita autonomia, na medida em que a autonomia privada pode ser limitada pelo próprio valor que a dignidade da pessoa humana possui (CUNHA E CRUZ; BALBINOT, 2017, p. 25), aí a importância de saber a distinção entre autonomia (da vontade) e autonomia privada.

A autonomia da vontade repousa no ideal contratualista de vinculação, isso porque, segundo os voluntaristas, a vontade gerava o negócio jurídico, que posteriormente foi reconhecido não só a vontade, mas necessitava da declaração, logo, para gerar efeitos jurídicos ao negócio, era necessária a declaração de vontade, que nada mais era do que a exteriorização da liberdade de escolha do indivíduo (BORGES, 2005, p. 51-52), pois a autonomia da vontade era identificada nessa relação como “poder de criar e regular os efeitos jurídicos de sua contratação, sem intervenção externa: o contrato era uma esfera de livre atuação dos particulares.” (BERTI, 2014, p. 69-94).

No entanto, questionou-se essa ideia voluntarista de que o mero consentimento seria capaz de criar direito, na medida em que a vontade “é interna ao sujeito e não pode ser reconhecível por outra pessoa e pelo ordenamento jurídico, existindo unicamente para a consciência da própria pessoa.” (CUNHA E CRUZ; BALBINOT, 2017, p. 27).

Logo, diante do reconhecimento indispensável da autonomia como corolário da dignidade da pessoa humana, faz-se necessária essa “assimilação da transição” de autonomia da vontade para autonomia privada, pois a

autonomia privada se vincula diretamente aos valores constitucionais, de modo que está ligada à valorização da pessoa humana, todavia estará limitada pela ordem jurídica, que norteará sobre a forma, conteúdo, capacidade e legitimidade dos sujeitos (BORGES, 2005, p. 51-54).

Portanto, o surgimento da autonomia da vontade como um princípio jurídico e filosófico foi a resposta que a Civilização Ocidental soube dar a anseios seculares por igualdade e liberdade.

Desse modo, percebe-se que a autonomia, enquanto produto apenas da vontade, “revelou-se uma derivação reducionista do individualismo, esquecendo o substrato humanista que lhe deveria permear e, de modo inequívoco, abrindo o flanco para as críticas mais severas.” (RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 120).

Desse modo, o livre consentimento como condição suficiente para uma autocompromisso sancionado pela lei, durante o século XX, influenciou a alteração da concepção do termo autonomia, notadamente influenciado pela liberdade contratual.

Essa influência do fascismo, comunismo, nazismo, intervenção estatal na economia, bem como as crises sistêmicas financeiras, ensejaram o surgimento de uma nova visão da autonomia da vontade, “tão própria que repudiará o termo *vontade* e colocará em evidência a partícula *privada*.” (RODRIGUES JUNIOR, 2004, p. 121).

Assim, a noção moderna de autonomia privada, oriunda do Estado Social, segundo a ideia de que as manifestações de vontade necessitam de controle de juridicidade em virtude da desigualdade social substancialmente existente entre as pessoas, deve ser inserida ao Estado Constitucional que visa garantir a liberdade dos indivíduos pautada nos demais princípios que regem as relações (CUNHA E CRUZ; BALBINOT, 2017, p. 27).

Segundo Steinmetz (2004), a autonomia privada pode ser compreendida como o poder decorrente da ordem jurídica aos indivíduos

para que autorregulem seus interesses, livre e soberanamente, legislando seus próprios interesses, direitos e/ou deveres.

Hans Kelsen (1995, p. 288) define o princípio da autonomia privada através de uma fórmula, segundo a qual “uma norma criada contratualmente poderá instituir direitos e obrigações só e exclusivamente para as partes que a formaram (ressalvados casos excepcionais, como os contratos a cargo ou a favor de terceiro, previamente admitidos por lei).”

A autonomia privada, em virtude da evolução conceitual e da influência negocial atribuída ao termo, pode ser reconhecida pela ordem jurídica como o poder concedido ao homem enquanto sujeito jurídico de juridicizar a sua atividade, negociando de forma livre inclusive no que tange aos efeitos do negócio (PRATA, 1982).

Componente da mais relevante expressão da autonomia privada é a liberdade contratual, segundo a qual se constitui em um “processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação de relações jurídicas pelos sujeitos que nela participam. É uma normação pelo próprio que vai ficar obrigado à observância dos efeitos vinculativos da regra por si criada.” (RIBEIRO, 1999, p. 20).

Infere-se, contudo, que a autonomia privada não é irrestrita, ilimitada, “não se permite exercitar o poder de disposição sobre certas relações ou sobre certos direitos” (BORGES, 2005, p. 56), pois essa limitação tem o viés justamente de equilibrar o interesse da pessoa de um lado e o interesse de demais indivíduos do outro. Portanto, traduz-se a uma liberdade condicionada à dignidade da pessoa humana.

Nota-se, então, que autonomia, enquanto irrestrita e pautada única e exclusivamente na vontade do indivíduo, não pode ser objeto de imposição de limites, de modo que, muitas vezes, fere a dignidade da pessoa humana que a expressa, quando colide com direitos protegidos. No entanto, a autonomia privada, por pautar-se na dignidade da pessoa

humana, admite que essa liberdade seja condicionada ao respeito e não ofensa à dignidade.

Situação que não se observa, no entanto, na autodeterminação, na autonomia decisória. A autodeterminação, por sua vez, pode ser definida como um poder juridicamente reconhecido e socialmente útil, de caráter ontológico, baseado numa abertura do homem para o mundo pautado em suas experiências.

Segundo Ribeiro (1999, p. 22), a autodeterminação seria o “poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando a sua vida de acordo com as suas preferências.”

Desse modo, denota-se que o termo autodeterminação possui um vínculo com o Direito Privado mais especificamente, visando qualificar o modo de regência humana de suas condutas em um plano notadamente individual.

Segundo Otavio Luiz Rodrigues Junior (2004, p. 127) a autodeterminação “açambarcaria a autonomia privada da vontade, bem assim as escolhas individuais quanto à ideologia, ao partido político, à religião, à dita opção sexual e ao direito de renunciar à própria vida”.

A autonomia decisória – nomenclatura sinônima da autodeterminação – é reflexo da evolução do termo autonomia para os tempos modernos, exigindo dos juristas uma posição a essa necessidade dos indivíduos (RODRIGUES JUNIOR, 2004).

Logo, com base na evolução dos adjetivos acoplados ao termo autonomia – da vontade, privada e decisória –, ressalta-se a necessária redefinição da definição e extensão do termo, pautando-se na autodeterminação com base no direito à privacidade do indivíduo, fundamentalmente embasada na sustentação de Jean L. Cohen.

## 4 A REFORMULAÇÃO DA AUTONOMIA A PARTIR DO DIREITO À PRIVACIDADE PESSOAL

Partindo-se da premissa de que autonomia é um dos elementos da dignidade da pessoa humana, notadamente o elemento ético (BARROSO, 2016), aliado ao fato de que a definição de autonomia é volúvel, na medida em que há ampliação ou restrição de seu conceito conforme as modificações sociais, reflexo de redefinições de conceitos a partir de fatos históricos, necessária a construção de uma definição de autodeterminação que adstrita à concepção de privacidade pessoal.

Nesse ínterim, a autonomia desenvolve-se como “o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa” (BARROSO, 2016, p. 81), reflexo da noção central da autodeterminação, definida por Robert Post (2000-11) como a definição de regras que vão reger a sua vida feitas pela própria pessoa autônoma.

Pontua-se, contudo, que autonomia *moral* se difere da autonomia *pessoal*, na medida em que a primeira se refere à concepção dada pelo Filósofo de Königsberg<sup>51</sup> compreendida como a vontade segundo a lei moral, a qual “não sofre influências heterônomas e corresponde à ideia de liberdade.” (BARROSO, 2016, p. 82).

A autonomia *moral*, segundo Jeremy Waldron<sup>52</sup> (2005), associa-se notadamente à relação entre a busca de uma pessoa de seus próprios fins e a

<sup>51</sup> Referência feita à Immanuel Kant devido ao seu local de nascimento que foi em Königsberg, Reino da Prússia, em 22 de abril de 1724.

<sup>52</sup> *Modern philosophers distinguish between personal autonomy and moral autonomy. A talk of personal autonomy evokes the image of a person in charge of his life, not just following his desires but choosing which of his desires to follow. It is not an immoral idea, but it has relatively little to do with morality. Those who value it do not value it as part of the moral enterprise of reconciling one person's interest with another's; instead, they see it as a particular way of understanding what each person's interest consists in. Moral autonomy, by contrast, is associated specifically with the relation between one person's pursuit of his own ends and others' pursuit of theirs. This is particularly true of its Kantian manifestations. A person is autonomous in the moral sense when he is not guided just by his own conception of happiness, but by a universalized concern for the ends of all rational persons* (WALDRON, 2005, p. 307).

de outras pessoas, ou seja, uma pessoa é autônoma no sentido moral quando não é guiada apenas por sua própria concepção de felicidade, mas por uma preocupação universalizada pelos fins de todas as pessoas racionais.

Noutro ponto, a autonomia *peçoal*, que embora também tenha suas origens na liberdade, diz respeito apenas ao núcleo essencial da disposição, de modo que “a autonomia é a parte da liberdade que não pode ser suprimida por interferências sociais ou estatais por abranger as decisões pessoais básicas.” (BARROSO, 2016, p. 82).

A autonomia *peçoal* evoca a ideia de uma pessoa escolhendo quais de seus desejos seguir, encarregada de sua vida, definindo livremente o exercício de sua vontade e tendo a sua escolha valorizada não porque se coaduna com a moral estabelecida socialmente, mas sim porque a moral escolhida pelo indivíduo consiste no interesse de cada pessoa (WALDRON, 2005).

A partir disso, Luís Roberto Barroso (2016, p. 82) definiu autonomia como sendo a “capacidade de alguém tomar decisões e de fazer escolhas pessoais ao longo da vida, baseadas na sua própria concepção de bem, sem influências externas indevidas”, reflexo apenas de sua liberdade básica.

A conotação de liberdade básica idealizada repousa na concepção de autonomia decisória que, segundo Jean L. Cohen (1997), deve ser associada a um direito à privacidade pessoal constitucionalmente protegido, reflexo da indispensável concepção moderna de liberdade.

A noção de privacidade oriunda dos teóricos políticos já não funciona mais na sociedade moderna. Isso porque a simples distinção entre os conceitos de público e privado não são suficientes para abarcar a política de identidade decorrente das inovações tecnológicas, de modo que é crescente a preocupação com a proteção da privacidade pessoal, necessitando-se de uma redefinição dos conceitos de público e privado.

Originariamente a ideia de público e privado no modelo liberal conferia ao Estado a noção de “lócus do poder”, de esfera pública; enquanto

que o privado era tudo aquilo que não fosse interpretado como estatal. Desse modo, o direito à privacidade baseava-se na concepção de que os indivíduos interagiriam livre e igualitariamente desde que não houvesse interferência do Estado na vida privada (COHEN, 1997, p. 174).

Nota-se, modernamente, todavia, que os direitos à privacidade não devem esperar a não interferência estatal, ao contrário, eles devem ser ampliados de maneira que estendam a liberdade e a igualdade, mormente porque as questões puramente privadas não devem se tornar assuntos de debates públicos e luta política, justamente porque interessam apenas aquele indivíduo que a dispõe (COHEN, 1997).

A privacidade nesse contexto é desenhada como pessoal e pode ser melhor definida a partir de duas dimensões: o direito de ser deixado em paz (*right to be let alone*) e a privacidade decisória (*decisional privacy*).

O direito de ser deixado em paz repousa na ideia “não sofrer intromissão ou vigilância sem motivo justo.” (SOBRADO DE FREITAS; BAEZ, 2014, p. 253). Apesar de sua importância, a discussão a respeito desse tema baseia-se apenas no tocante à extensão da chamada privacidade informacional, a qual goza de proteção amplamente aceita atualmente (COHEN, 1997).

É em relação à privacidade decisória que se contesta não apenas o seu alcance, mas também o próprio princípio de um direito individual à privacidade, que se funda na denominada por Jean Cohen (1997, p. 173) como “zona de intimidade”.

A ideia de autonomia decisória provém da concepção de não se submetido à regulação ou controle indevidos. Decorre da crucial necessidade de proteger a integridade das identidades individuais que nem sempre se coadunam com as interpretações majoritárias acerca da identidade coletiva (COHEN, 1997).

Essa proteção à integridade das identidades individuais repousa na tutela “aos atributos físicos e mentais, individualizadores do nosso ser pelo

ordenamento jurídico” (SOBRADO DE FREITAS; BAEZ, 2014, p. 256), denominado de direitos de personalidade, que alcançam a disposição ao corpo.

O direito de personalidade busca tutelar os atributos próprios que conferem direito à individualização de uma pessoa, de modo a considerar os aspectos íntimos do indivíduo para consigo mesmo e aqueles originados na sua integração em sociedade (BITTAR, 1989).

É certo que os valores comunitários impõem aos indivíduos padrões aos quais eles se assimilam e se identificam. Contudo, é imprudente afirmar que para a construção de um indivíduo concreto os valores comunitários seriam abstraídos. O que se busca é justamente proteger o direito à individualização pessoal para que haja o desenvolvimento de sua identidade a partir da privacidade individual.

Essa privacidade individual enquanto configuração da própria identidade e da dignidade pessoal resulta da constituição do corpo como um dos “territórios de si”, na medida em que o controle do corpo é essencial que se possa configurar a própria identidade e a dignidade pessoal (GOFFMAN, 1967, p. 28).

Assim, a noção de individualidade, de controle do corpo, está intrinsecamente ligada à concepção de autonomia decisória, que implica, conforme Jean Cohen (1997), no direito a ter esse domínio protegido pelos direitos à privacidade pessoal que envolvem, além disso, a liberdade de retirar do controle público as motivações pessoais, construindo, assim, um escudo em torno da pessoa que diz respeito apenas a sua privacidade.

A autonomia decisória da pessoa merece proteção e inviolabilidade independentemente de onde o indivíduo se encontre, isso porque “nossos corpos, nossa interpretação simbólica de nossos corpos e nosso sentimento de controle sobre nossos corpos são centrais para nosso mais básico sentido de individualidade, para nossa identidade e nossa dignidade pessoal”, de modo que é possível referir que a individualidade

está corporificada naquilo que se é, na medida em que “nossos corpos são o nosso modo de ser no mundo.” (COHEN, 1997, p. 195).

Desse modo, o direito à privacidade pessoal envolve justamente a liberação da obrigação de o indivíduo de ter que oferecer razões em um processo discursivo que diga respeito apenas a si e que todos conjuntamente poderiam aceitar como suas (COHEN, 1997).

Inferese, portanto, que “a privacidade como autonomia decisória libera o indivíduo da pressão para adotar, como suas próprias, as razões que “todo mundo” aceita” habilitando a pessoa a “escolher como quem procurar justificar suas decisões éticas, com quem repensar comunicativamente as concepções sobre o bem e, naturalmente, a optar por não discutir certos assuntos com ninguém mais.” (COHEN, 1997, p. 191).

Assim, essa concepção de autodeterminação ou autonomia decisória pautada no direito à privacidade pessoal e na necessária observância das próprias concepções individuais da pessoa ampliam a noção basilar da autonomia da vontade incluindo também as ideias da autonomia privada, de modo que o indivíduo possa eleger livremente a sua vontade e também dispor de meios livremente para a concessão dela, inferindo-se, a partir disso, um conceito pós-moderno de autonomia.

## 5 CONCLUSÃO

O conceito de liberdade compreendido como um poder de autodeterminação segundo o qual o homem escolhe e define por si mesmo orientando seu comportamento pessoal torna-se extenso demais para viger e reger uma sociedade.

A autonomia, então, toma a vez para delinear essa extensão e é, evolutivamente, definida como autonomia da vontade, autonomia privada e autonomia decisória. A primeira, enquanto reflexo da momentânea e necessária redefinição e proteção do indivíduo contra a objetivação de

seu ser, foi importante para que ele pudesse se autodefinir e retirar-se a possibilidade de torná-lo objeto para a consecução de determinado fim almejado por outrem.

Por sua vez, a autonomia privada decorreu da entrada de normatização ao campo individual, possibilitando que em relações privadas também se observassem a eleição e faculdade dos integrantes daquela vinculação.

Todavia, não suficiente, modernamente, observa-se a necessidade de o indivíduo não apenas ter a vontade de se autodefinir, mas também a necessidade de que ele possa se autodeterminar, realizar as escolhas individuais que refletem unicamente a si próprio, seja quanto à ideologia, religião, opção sexual, renúncia à própria vida, disposição de seu corpo *etc.*

O direito à privacidade pessoal deve abranger, justamente, a autodeterminação, deve proteger normativamente o controle sobre a sua própria identidade, o acesso a si mesmo, construindo uma estrutura que reconheça a identidade e a individualidade.

Assim sendo a ideia de autonomia decisória surge justamente da concepção de não se submetido à regulação ou controle indevidos. A noção de individualidade, de controle do corpo, está intrinsecamente ligada à concepção de autonomia decisória, que implica, no direito a ter esse domínio protegido pelos direitos à privacidade pessoal que envolvem, além disso, a liberdade de retirar do controle público as motivações pessoais, construindo, assim, um escudo em torno da pessoa que diz respeito apenas a sua privacidade.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE FILHO, Flávio Cardozo de. O Direito Constitucional ao Fim da Vida de Forma Digna: uma análise a partir do biopoder. *Revista da EJUSE*, n. 25, p. 165-208, 2016.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. 5. triagem. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

BARBOZA, Heloisa Helena. *Autonomia em face da morte: Alternativa para a eutanásia? Vida, morte e dignidade humana*. Coordenação: Tânia da Silva Pereira, Rachel Aisengart Menzes, Heloisa Helena Barboza. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneos: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. [S. l.: s. n.], 2010. Disponível em: [http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf). Acesso em: 7 jan. 2018.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Princípios de ética biomédica*. Tradução: Luciana Pudenzi. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2013. Título original: Principles of Biomedical Ethics.

BERTI, Natália. Da autonomia da vontade à autonomia privada: um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade. *Revista de Direito Privado*, v. 57, p. 69-94, jan./mar. 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

CANTO-SPERBER, Monique. *Dicionário de Ética e Filosofia Moral*. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2013.

CHAVES, Marianna. Advance Directives: The consecration of autonomy and dignity of the human being. In: DANTAS, Eduardo Vasconcelos dos Santos. *Contemporary Issues in Medical Law*. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018.

COHEN, Jean L. Rethinking Privacy: Autonomy, Identity, and the Abortion Controversy. In: WEINTRAUB, Jeff; KUMAR, Krishan (ed.). *Public and Private in Thought and Practice: Perspectives on a Grand Dichotomy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1997. p. 133-165.

CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da; BALBINOT, Jéssica. Autonomia da vontade, autonomia privada e o caso “lulu”. *Revista Jurídica UNI7*, Fortaleza, n. 14, n. 1, p. 13/34, jan./jun. 2017. Disponível em: <http://www.uni7setembro.edu.br/periodicos/index.php/revistajuridica/article/download/268/291/>. Acesso em: 20 dez. 2017.

GOFFMAN, Erving. *The nature of deference and demeanor*. In: GOFFMAN, Erving. *INTERACTION ritual: essays on face-to-face behavior*. New York: Pantheon, 1967. p. 473-502.

HONNETH, Axel. *O direito de liberdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução: Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Teoria del Derecho*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2006.

POST, Robert. *Dignity, autonomy, and democracy*. Working papers, Institute of Governmental Studies, 2000-11. Disponível em: <http://digitalassets.lib.berkeley.edu/igs/text/C114007358.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2018.

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

REICHERT, Claudete Bonatto; WAGNER, Adriana. Considerações sobre a autonomia na contemporaneidade. *Estudos e Pesquisas em Psicologia*, Rio de Janeiro: UERJ, v. 7, n. 3, p. 405-418, dez. 2007. Disponível em: <http://www.revispsi.uerj.br/v7n3/artigos/pdf/v7n3a04.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2018.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 1999.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-Modernidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 41, n. 163, p. 113-130, 2004. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/982>. Acesso em: 2 maio 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. *B. Cient. ESMPU*, Brasília, DF, ano 4, n. 14, p. 167-217, jan./mar. 2005.

SCHRAMM, Fermin Roland; BATISTA, Rodrigo Siqueira. A eutanásia e os paradoxos da autonomia. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro: ABRASCO, v. 13, n. 1, p. 207-221, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v13n1/24.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2018.

SEGRE, Marco; SILVA, Franklin Leopoldo; SCHRAMM, Fermin R. O contexto histórico, semântico e filosófico do princípio de autonomia. *Portal do Médico*, 2005. Disponível em: <http://www.portaldomedico.org.br/revista/bio1v6/conthistorico.htm>. Acesso em: 9 jul. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOBRADO DE FREITAS, Riva; BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Privacidade e o direito de morrer com dignidade. *Revista de Ciências Jurídicas Pensar*, Fortaleza, v. 19, n. 1, p. 249-269, 2014. Disponível em: <http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2419/pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018.

WALDRON, Jeremy. Moral autonomy and personal autonomy. *In*: CHRISTMAN, John; ANDERSON, Joel (ed.). *Autonomy and the challenges to liberalism: new essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

# OS DIREITOS DE PERSONALIDADE ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

Rosane Machado Carneiro<sup>53</sup>

## RESUMO

A Constituição Federal de 1988 positivou diversos direitos fundamentais, os quais sem dúvidas provocaram grandes transformação da sociedade brasileira tanto na vida pública como na privada. O presente artigo científico tem como objeto o estudo trajetória percorrida pelo Direito até o reconhecimento dos direitos da personalidade e sua elevação ao *status* de direitos fundamentais tendo como objetivo geral investigar o entendimento de alguns autores sobre o assunto, e como objetivos específicos estudar o que são direitos fundamentais, o conceito de direitos da personalidade e o que as doutrinas hodiernas falam sobre a possibilidade de considerar direitos da personalidade direitos fundamentais. Analisaremos no ordenamento jurídico pátrio, os direitos da personalidade caracterizam-se pela indisponibilidade e pelo seu caráter absoluto, ainda que temperados pela necessária convivência com o direito fundamental.

**Palavras-chave:** Direito fundamental. Personalidade. Direito de Personalidade. Características. Indisponibilidade.

## I INTRODUÇÃO

Desde o surgimento do Estado Moderno o indivíduo tornou-se o principal foco de interesse do Direito. Assim surgiram os direitos fundamentais, enquanto direitos que visavam proteger o ser humano, notadamente quanto aos seus direitos de liberdade e igualdade.

---

<sup>53</sup> Mestranda em Direitos fundamentais sociais: relações de trabalho e seguridade social pelo Programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Ciências Jurídicas pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogada.

O presente trabalho visa tecer considerações acerca dos direitos da personalidade sob a ótica dos direitos fundamentais e seu devido enfoque constitucional assunto que encontra relevância para dotar de atenção especial a categoria de direitos de personalidade muitas vezes desprezados pela doutrina.

Para tanto, tem-se como objetivo geral investigar o entendimento de alguns doutrinadores sobre o tema, e como objetivos específicos estabelecer um conceito de direitos fundamentais, de direitos da personalidade e, por fim, analisar o que os doutrinadores entendem sobre a possibilidade de os direitos da personalidade serem considerados direitos fundamentais.

O assunto encontra relevância não apenas para dotar de atenção especial a categoria de direitos da personalidade, uma vez que são direitos essenciais ao ser humano que são, muitas vezes, desprestigiados pela doutrina porque estão positivados no plano infraconstitucional, para regulamentar relações de direito privado. Além disso, há certa relevância no campo de tutela.

Na primeira parte, busca-se delimitar o que se entende por direitos fundamentais, partindo de uma delimitação terminológica, diferenciando a expressão das demais correlatas (direitos humanos, por exemplo), passando pelos aspectos conceituais, uma perspectiva histórica e, por fim, o processo de positivação dos direitos fundamentais no Brasil.

Na segunda parte, o foco do estudo é voltado para os direitos da personalidade, apresentando-se os conceitos de pessoa e personalidade, o que se entende por direitos da personalidade e quais direitos essa expressão abarca.

Delimitado conceitualmente o tema, são apresentados alguns entendimentos de autores que rechaçam e que aceitam a possibilidade de os direitos da personalidade serem considerados fundamentais.

Por fim passa-se a abordar os direitos de personalidade sob a ótica dos direitos fundamentais sociais vez que inerentes ao ser humano pelo simples fato de ser pessoa e que na ausência de previsão legal podem ser negligenciados.

## **2 A ESTRUTURA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Os direitos fundamentais são princípios jurídicos e positivamente vigentes numa ordem jurídica constitucional, que traduzem a concepção de dignidade da pessoa humana de uma sociedade e legitimam o sistema jurídico estatal.

A doutrina conceitua os direitos fundamentais de forma variada. Miranda (1998, p. 7) ensina que os direitos fundamentais são direitos ou posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material. Já o jurista alemão Alexy (2001, p. 28) entende por direitos fundamentais aqueles positivamente válidos.

Segundo Konrad Hesse os direitos fundamentais são aqueles direitos que almejam fundamentalmente “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana.” (BONAVIDES, 2004, p. 560).

Para Carl Schmitt, os direitos fundamentais podem ser caracterizados por dois critérios formais e um material: do primeiro critério formal pode-se aduzir que são direitos fundamentais todos aqueles direitos e garantias especificados na ordem constitucional. Já o segundo critério formal estabelece que os direitos fundamentais são aqueles com grau mais elevado de garantia e segurança, grau esse constitucionalmente estabelecido – são imutáveis ou de alteração dificultosa. Pelo critério material, cada Estado possui seus direitos fundamentais específicos,

porque estes variam de acordo com a ideologia, os valores e os princípios por ele adotados (BONAVIDES, 2004, p. 561).

Independentemente do conceito que a doutrina lhe atribui, os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas pela perspectiva dos indivíduos, mas também do ponto de vista da comunidade como um todo.

Cumpre-nos destacar que, inicialmente, os direitos fundamentais eram definidos a partir de uma concepção subjetiva, cuidando apenas de identificar quais pretensões o indivíduo poderia exigir do Estado em razão de um direito positivado na sua ordem jurídica. A doutrina constitucional contemporânea, a partir da teoria formulada por Smend, fez a descoberta acerca de outra perspectiva dos direitos fundamentais, a perspectiva objetiva, na qual a principal função da Constituição é promover a integração da comunidade, mediante a consagração e tutela dos valores compartilhados socialmente por seus membros (SARMENTO, 2004, p. 140-141).

Nesse sentido, Mendes (2004a, p. 2) entende que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva, pois, como direitos subjetivos, tais direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na qualidade de elemento da ordem objetiva, os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

Segundo Canotilho (1999, p. 178), a perspectiva dos direitos fundamentais é subjetiva quando se refere ao significado ou relevância da norma consagradora de um direito individual para o indivíduo, para seus interesses, para sua situação de vida e sua liberdade. Já a perspectiva objetiva de uma norma consagradora de um direito fundamental ocorre quando se tem em vista o seu significado para a coletividade, o interesse público e a vida comunitária.

Para caracterizar a melhor dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a doutrina costuma citar a decisão proferida em 1958 pelo

Tribunal Constitucional alemão do famoso “caso *Luth*” em que o Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, o Sr. Luth, proclamou um boicote contra o filme dirigido por Veit Harlan, diretor de cinema acusado de ter elaborado filme de conteúdo anti-semita na época do regime nazista. Na decisão daquele Tribunal Constitucional ficou consignado que os direitos fundamentais não se limitam à função de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do Poder Público, mas também decisões valorativas de natureza objetiva da Constituição (SARLET, 2005, p. 157).

Nesse sentido, houve uma evolução dos direitos fundamentais, que inicialmente somente eram considerados sob o enfoque subjetivo, passando assim, a ser considerados como conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos Poderes Públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais (PEREZ LUÑO, 1995, p. 20-21).

O estudo da origem e evolução dos direitos fundamentais parece-nos imprescindível para melhor compreensão de sua importância. Esse exame histórico é de suma importância não só pelo fato de servir como meio de interpretação, mas ainda porque a história dos direitos fundamentais também um roteiro que desemboca no surgimento do Estado Moderno Constitucional, cuja essência radica no reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.

O reconhecimento dos direitos fundamentais foi resultado de constantes lutas, entretanto não era o bastante, pois necessária se fazia a positivação desses direitos, ou seja, a sua constitucionalização, conferindo, assim, maior segurança jurídica ao indivíduo.

É imperioso lembrar que foi apenas com a Constituição Federal de 1988 que tivemos verdadeiro diploma que consagrou os direitos e garantias fundamentais. Mencionada Carta Política trouxe inovações relevantes para o constitucionalismo brasileiro.

A Carta de 1988 inovou com um título acerca dos Direitos e Garantias Fundamentais, sob uma perspectiva moderna, abrangendo

os direitos individuais e coletivos, direitos sociais, da nacionalidade e dos direitos políticos. Cumpre-nos ressaltar que o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal vigente não exclui outros direitos ali não constantes, que sejam decorrentes dos regimes e dos princípios por eles adotados, ou de tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Nesse diapasão, entendemos que caberá à Hermenêutica constitucional a busca de outros direitos fundamentais que não estejam incluídos no rol do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Os direitos fundamentais são assim considerados por serem considerados como inerentes à condição humana. Devido à sua importância, é condição para a configuração de um verdadeiro Estado Democrático de Direito que os direitos fundamentais possuam força vinculante, obrigando tanto o Estado quanto os particulares a respeitá-los.

Não por acaso, os direitos fundamentais são supremos, encontrando-se acima de quaisquer outros, sendo-lhes incumbida, por consequência, a função de parâmetro à constitucionalidade de todos os demais direitos contidos no ordenamento. Tal é sua ordem de grandeza que o ordenamento lhes confere aplicação direta e imediata, gerando a necessidade de rigidez constitucional para sua proteção e conservação, em suas dimensões, objetiva e subjetiva. Uma vez positivados, esses valores possuem força normativa, além de eficácia horizontal e vertical, devendo ser hierarquicamente respeitados.

Há várias críticas, formuladas por jurista do mundo todo, a respeito do Julgamento do Tribunal de Nuremberg, tanto pela legalidade como pelo seu objeto, sendo que na verdade o que estava em jogo era a condenação de um regime – o nazismo – que praticou vários crimes contra a humanidade. E, portanto, não se tratava de um julgamento puramente jurídico (MARMELSTEIN, 2009, p. 9).

A sentença condenatória proferida pelo Tribunal de Nuremberg, apesar de todas as críticas, que lhe podem ser imputadas por ter violado

princípios básicos do direito penal simbolizou no âmbito jurídico, o surgimento de uma nova ordem mundial, onde a dignidade a pessoa humana foi reconhecida como um valor suprapositivo, que está portanto acima da própria lei e do propósito do estado.

A partir do Julgamento de Nuremberg, qualquer violação à dignidade humana praticada como política de governo passou a constituir desrespeito à humanidade como um todo.

Na época de forma ingênua e talvez até mesmo má-fé muitos pensaram que Hans Kelsen teria participado das leis nazistas uma vez que A teoria Pura do Direito foi utilizada para o embasamento jurídico para tentar justificar as atrocidades praticadas contra judeus e outras minorias. Afinal, o formalismo da teoria pura não dá margem a discussão em torno do conteúdo da norma. De acordo com Kelsen (apud MARMELESTEIN, 2009, p. 10), se a norma jurídica fosse validade deveria ser cumprida independente de ser justa deve ser aplicada sem questionamentos. Para Kelsen, não cabe aos juristas formular qualquer juízo de valor acerca do direito.

Antes, com o positivismo Kelsiano, tudo girava em torno da lei, e a lei, qualquer que fosse seu conteúdo, era tudo, agora com o pós-positivismo, a lei cede espaço aos valores e aos princípios, que se converteram em princípios constitucionais que devem ser tratados como verdadeiras normas jurídicas, por mais abstratos que sejam os seus textos, bem como por exigir que a norma jurídica, para se legitimar, deve tratar todos os seres humanos com igual consideração, respeito e dignidade (BONAVIDES, 2004).

Como visto inegavelmente os direitos fundamentais surgiram da necessidade de limitar a atuação do Estado e proteger o homem do poder estatal notadamente quanto aos seus direitos de liberdade e igualdade tão desprestigiadas quando imperavam os valores sustentadores do Estado absolutista.

Assim, foi travada enorme luta para o reconhecimento e normatização desses direitos. Apenas o reconhecimento e positivação de tais direitos, entretanto, eram insuficientes, pois a sua violação era uma realidade que comprometeria a sua eficácia, necessitando, assim, da presença de garantias como forma de efetivar os direitos fundamentais.

Atualmente é indiscutível o fato de que assumiram um caráter axiológico, mais amplo, assegurando a dignidade da pessoa humana. Muito se lutou pelo reconhecimento dos direitos humanos, desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1948, mas se constatou que apenas o reconhecimento desses direitos mediante declarações era insuficiente, pois estas não tinham força normativa, fazendo-se, então, necessária à sua positivação ou constitucionalização.

Em artigo Schwarz (2014) destaca que o núcleo central de tal ideia de dignidade humana, como fundamento universal dos catálogos de direitos humanos particularizados culturalmente, requer, ademais, uma variação em torno das formulações do imperativo moral kantiano.<sup>54</sup> Exige-se de qualquer homem que trate a outro da forma como gostaria de ser tratado por este, e não como as circunstâncias conjunturais o indiquem (SCHWARZ, 2014).<sup>55</sup> Os direitos humanos são, portanto, uma

---

<sup>54</sup> “O princípio da dignidade humana desenvolveu-se, sobretudo, a partir dos estudos de Immanuel Kant: foi Kant que, tentando fundamentar um dos imperativos categóricos universais por ele formulados, pôs em evidência o caráter único e finalístico em si mesmo do ser humano: “Age como se a máxima de tua ação devesse tornar-se, por tua vontade, lei universal da natureza.” (KANT, 1974, p. 224). Kant afirma, assim, que o homem, e de uma maneira geral todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele (o homem) deve ser “sempre considerado simultaneamente como um fim.” (KANT, 1974, p. 229).

<sup>55</sup> “Assim, segundo Villoro (1993, p. 131 e ss.), “Provisionalmente, se puede concluir que la concepción de los derechos humanos no tiene que optar entre universalismo y particularismo. Es intrínseca al programa de los derechos humanos tanto la premisa de la humanitas cuanto la de su politización y su historicidad. La cuestión que queda es la de (re)trazar el itinerario de la interpretación de la humanitas como idéntica con la problemática idea de que solamente la cultura europea correspondería a la esencia misma de la especie humana.”

questão social e cultural (educacional), e não uma questão meramente política ou econômica.

Enfim, os direitos da personalidade envolvem seus atributos, que são: liberdade (de pensamento, filosófica, religiosa, política, de expressão, sexual etc.), saúde, honra, respeito, nome, status individual, social e familiar, domicílio, corpo, fama, privacidade e imagem critérios materiais que garantem proibição de retrocesso, ou seja, atua com o objetivo de coibir eventual abuso que pudesse levar ao esvaziamento ou até mesmo à supressão dos direitos fundamentais.

A Carta Magna de 1988 trouxe um título sobre os Direitos e Garantias Fundamentais, sob uma perspectiva moderna, abrangendo os direitos individuais e coletivos, direitos sociais, da nacionalidade e direitos políticos.

Além da função de proteger o homem de eventuais arbitrariedades cometidas pelo Poder Público, os direitos fundamentais também se prestam a compelir o Estado a tomar um conjunto de medidas que impliquem melhorias nas condições sociais dos cidadãos.

Ao longo da história, a positivação de direitos seguiu as necessidades exigidas em dado momento. Isso porque o desenvolvimento nos campos social, econômico e tecnológico acarretou o surgimento de novas carências, que reclamaram novos direitos. Por exemplo, a revolução industrial criou condições fáticas que demandaram o surgimento dos direitos de proteção social o já mencionado Julgamento de Nuremberg. O atual desenvolvimento técnico e econômico, por sua vez, provavelmente trará consigo novas demandas de novos direitos os quais desencadearam novas lutas tanto nas relações públicas quanto na vida privada.

A positivação de direitos humanos fundamentais, não significou apenas o seu reconhecimento nos ordenamentos jurídicos, mas garantiu a qualquer indivíduo o poder de exigir sua tutela perante Poder Judiciário.

Porém o reconhecimento de um direito inerente ao ser humano não é suficiente para assegurar seu exercício na vida daqueles que ocupam uma posição subalterna na estrutura social. É necessário mais. É necessário efetivar esse direito.

Por outro lado, o fundamento da autoridade normativa dos direitos humanos que vêm sendo positivados pelas constituições, e, portanto, também dos direitos fundamentais nelas proclamados, confunde-se com o próprio valor supremo de dignidade humana, nos termos da Declaração Universal de Direitos Humanos (SCHWARZ, 2016, p. 40).

A fundamentação argumentativa da presumida validade universal dos direitos humanos, para todos os homens, e a conseqüente eleição, pela via constitucional, de determinados direitos como fundamentais aos cidadãos/administrados (SCHWARZ, 2016, p. 40) tem que poder baseiam-se em uma ideia axiologicamente adequada de dignidade humana: esta, a dignidade humana, constitui o elemento central para a construção de um fundamento, independentemente da forma jurídica que os veiculem dogmaticamente, para os proclamados direitos humanos fundamentais.

Os direitos humanos têm que poder ser positivados axiologicamente como direitos fundamentais do homem; a dignidade humana, fundamento a partir do qual isso acontece, é uma “premissa forte”, ou seja, é uma idealização que está presente em todas as positavações, mas que não se perde nelas. Essa tal ideia de dignidade humana tem que constituir um fundamento normativo universal sólido e irredutível de todas as declarações concretas de direitos humanos e de todas as constituições dos Estados democráticos de direito.

Desta forma o princípio da dignidade da pessoa humana cumpre dupla função. Constata-se que o princípio da dignidade da pessoa humana serve como importante elemento de proteção dos direitos contramedidas restritivas e, portanto, também contra o uso excessivo dos direitos. O

princípio da dignidade da pessoa humana também serve como justificativa para a imposição de restrições a direitos fundamentais, acabando, neste sentido, por atuar como elemento limitador destes. Sempre se poderá afirmar que a dignidade da pessoa atua simultaneamente como limite dos direitos e limite dos limites, isto é, barreira última contra a atividade restritiva dos direitos fundamentais, o que efetivamente não afasta a controvérsia sobre o próprio conteúdo da dignidade e a existência, ou não, de uma violação do seu âmbito de proteção (SARLET, 2011, p. 136).

Não se pode olvidar que atualmente temos um uso banalizado da expressão direitos fundamentais como o caso de palavras como direitos do homem, direitos humanos, e direitos da pessoa humana e direitos humanos fundamentais, utilizados equivocadamente para referir ao mesmo objeto e que portanto precisam ser melhoras analisadas determinando o real significado deste direitos, sob pena de comprometer a garantias já asseguradas dos direitos fundamentais.

Vale destacar que o interesse em caracterizar um determinado direito como fundamental não é meramente teórico. Há, pelo contrário, grande relevância prática nessa tarefa, pois esses direitos são dotados de algumas características que facilitam extremamente a proteção e efetivação judicial:

Basta dizer que, no Brasil, dos direitos fundamentais (MARMELSTEIN, 2009, p. 17):

- a. possuem aplicação imediata, por forma do artigo do artigo 5º, § 1º da Constituição de 88, e portanto, não precisam de regulamentação para serem efetivados, pois são diretamente vinculados e plenamente exigíveis;
- b. são cláusulas pétreas, por força do artigo 60, § 44º, inciso IV, da Constituição de 88, e, por isso, não podem ser abolidos nem mesmo por meio de emenda constitucional;

- c. possuem hierarquia constitucional, de modo que, se determinada lei dificultar ou impedir, de modo desproporcional, a efetivação de um direito fundamental, essa lei poderá ter sua aplicação afastada por inconstitucionalidade.

A doutrina Brasileira para que se tenha uma noção da formação histórica do conjunto de direitos hodiernamente reconhecidos classifica os direitos fundamentais.

Segundo Paulo Bonavides (2004, p. 563), os direitos fundamentais passaram a se manifestar na ordem institucional em três gerações que traduzem um processo cumulativo e qualitativo. Na primeira geração, os direitos de liberdade. Na segunda, de igualdade, e na terceira, direitos de solidariedade.

Quanto à primeira geração, pode-se dizer que foram os primeiros a constar de uma ordem constitucional, e abarcam os direitos civis e políticos, que correspondem, em grande parte, à inauguração do constitucionalismo no Ocidente (BONAVIDES, 2004, p. 563).

“Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.” (BONAVIDES, 2004, p. 563-564).

São direitos que expressam a valorização do indivíduo frente ao Estado, produto do pensamento liberal-burguês da época. Chamados de direitos negativos, expressam uma maior autonomia do indivíduo ante ao Estado, obrigando este a uma abstenção (MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 260).

Na segunda geração de direitos fundamentais surgem os sociais, culturais, econômicos e os direitos coletivos ou de coletividades, enquanto manifestação do constitucionalismo do Estado social, e representam principalmente o valor da igualdade. De forma semelhante aos direitos de

primeira geração, os de segunda expressam formulações filosóficas e políticas de cunho acentuadamente ideológico, e podem ser amplamente verificados nas Constituições do segundo pós-guerra (BONAVIDES, 2004, p. 564).

No entanto, esses direitos de segunda geração ou dimensão passaram por uma crise de efetividade, ante ao fato de serem direitos que exigem prestações materiais, atividades positivas do Estado, e que nem sempre podem ser concretamente garantidas. Recentemente, constituições formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, inclusive a brasileira de 1988, buscando tornar tais direitos mais efetivos e pôr fim a essa crise (BONAVIDES, 2004, p. 564).

Na terceira geração de direitos fundamentais, surgem aqueles direitos que buscam atender aos anseios de um mundo dividido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, denotando o valor principal da fraternidade. São direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses individuais, de um grupo ou Estado. Se destinam ao gênero humano e têm por temas o desenvolvimento, a paz, o meio ambiente, a comunicação e o patrimônio comum da humanidade (BONAVIDES, 2004, p. 569).

Não se pode deixar de registrar que a expressão geração de direitos tem sofrido várias críticas, pois o uso do termo geração pode dar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, o que é um erro, já que, por exemplo, os direitos de liberdade não desaparecem ou não deveriam desaparecer quando surgem os direitos sociais e assim por diante. Na verdade, todo o Estado democrático de Direito, é alicerçado nos direitos de primeira geração, de modo que seria inconcebível que eles cedessem lugar aos direitos de segunda geração. O processo é de acumulação e não de sucessão.

Em razão de todas essas críticas, a doutrina recente tem preferido o termo dimensão no lugar de geração, afastando a equivocada ideia de sucessão, em que uma geração substitui a outra.

### **3 OS DIREITOS DE PERSONALIDADE ENQUANTO DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Após o retorno do regime democrático no Brasil e logo em seguida a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na qual ficaram consagradas as garantias de ordem pessoal, a proteção aos direitos da personalidade conseguiu destaque. São direitos privados fundamentais, que devem ser respeitados como conteúdo mínimo para permitir a existência e a convivência dos seres humanos.

De acordo com os valores do novo direito constitucional, que possui um magnífico rol de direitos fundamentais todos guiados pelo metaprincípio da dignidade da pessoa humana que passou a ser guia de todos os demais direitos e a pessoa passa a ser vista não como um mero titular de direitos, mas como o ser humano real que sofre, se alegra, tem vontade, sentimentos dentre outros valores e passa a ser vista como uma característica inata ao ser humano e não somente alguém que tem aptidão para adquirir direitos e deveres, figurando no polo passivo ou ativo das relações jurídicas.

Assim não há falar mais na personalidade como a aptidão para obter direitos mais sim a aptidão para desempenhar papéis no mundo do direito através da valorização da pessoa no ordenamento jurídico e que deve ser preservada, sob pena de violação à Constituição Federal.

No direito brasileiro o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio pelo qual os juristas sustentam orientar todo o ordenamento jurídico nacional, que tem assento constitucional, e possui guarida na Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.”

De acordo com o discurso brasileiro o princípio da dignidade da pessoa humana fundamenta toda a tutela de proteção dos denominados direitos da personalidade, definidos como os direitos intrinsecamente ligados ao desenvolvimento da pessoa humana, seja no aspecto físico, psíquico ou intelectual.

Assim, afirmam os autores Farias e Rosenvald (2013, p. 177-178) de que é possível que os direitos da personalidade aquelas situações jurídicas reconhecidas à pessoa, tomada em si mesma e em suas projeções sociais. Isto é, são os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica.

De acordo com o direito brasileiro os direitos da personalidade, por sua vez, derivam dos direitos fundamentais e estão inexoravelmente unidos ao desenvolvimento da pessoa humana, caracterizando-se como garantia para a preservação da sua dignidade.

O reconhecimento desses direitos no campo do direito público conduz à necessidade de seu reconhecimento no campo do direito privado; neste caso, encaram-se as relações entre particulares e o jurista se propõe a propiciar meios para defender esses direitos não patrimoniais não mais contra a ação do poder público, mas contra as ameaças e agressões advindas de outros homens.

Essa preocupação de defender a pessoa humana contra as agressões a essa espécie de direitos foi raramente aprendida pelo legislador, e quando o foi isso se deu com muita lentidão assim sendo, coube à jurisprudência a tarefa de proteger a intimidade do ser humano, sua imagem, seu nome, seu corpo, proporcionando-lhe meios adequados de defender tais valores personalíssimos contra a agressão de seus semelhantes.

Todavia essas limitações que os direitos fundamentais sofrem não são ilimitadas, ou seja, não se pode limitar os direitos fundamentais além do

estritamente necessário. Por outro lado, a restrição aos direitos fundamentais só é admitida quando compatível com os ditames constitucionais e quando respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ainda, os direitos fundamentais são imprescritíveis, o que no Direito Constitucional, significa dizer que não podem (em regra) ser perdidos pela passagem do tempo. A inalienabilidade também considerada uma característica dos direitos fundamentais o que implica dizer que não podem ser vendidos, nem doados, nem emprestados etc. Possuem uma eficácia objetiva, isto é, não são meros direitos pessoais (subjetivos), mas são de interesse da própria coletividade.

Também quanto dos direitos fundamentais não se pode fazer com eles o que bem se quer, pois eles possuem eficácia objetiva, isto é, importam não apenas ao próprio titular, mas sim interessam a toda à coletividade e por isso a renúncia a direitos fundamentais só é admitida de forma temporária, e se não afetar a dignidade humana, pois são direitos indisponíveis e irrenunciáveis.

Os direitos fundamentais podem ser tanto expressamente quanto implicitamente positivados. Dentro do primeiro grupo, encontram-se aqueles direitos fundamentais positivados na Constituição, e há discussão acerca da possibilidade da existência de direitos fundamentais positivados em leis infraconstitucionais.

Encontra-se em Sílvio Rodrigues (1980, p. 37) o seguinte delineamento da ideia de personalidade: “no mundo moderno, e na quase totalidade dos países, a mera circunstância de existir confere ao homem a possibilidade de ser titular de direitos.”

O emérito Professor da Faculdade de Direito da USP, sobre o assunto, transcreve Clóvis Bevilacqua (apud RODRIGUES, 1980, p. 37) em sua definição de personalidade: “[...] é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações.”

Caio Mário, por seu turno, diz que: “a ideia de personalidade está intimamente ligada à de pessoa, pois exprime a aptidão genérica de adquirir direitos e contrair obrigações” (1989-1992, p. 153) fazendo também referência a Clóvis Bevilacqua, muito embora sustente que “não constitui esta ‘um direito’, de sorte que seria erro dizer-se que o homem tem direito à personalidade. Dela, porém, irradiam-se direitos, sendo certa a afirmativa de que a personalidade é o ponto de apoio de todos os direitos e obrigações.” (PEREIRA, 1989-1992, p. 155).

Nélson Nery Júnior, citando Joseph Kohler, dita que personalidade é a “aptidão para ser sujeito de direito” (NERY JÚNIOR; NERY, 2003, p. 156) e que direitos de personalidade “é parte do direito privado que cuida da proteção jurídica de objetos de direito que pertencem à natureza do homem.” (NERY JÚNIOR; NERY, 2003, p. 156).

Enfim, os direitos da personalidade envolvem seus atributos, que são: liberdade (de pensamento, filosófica, religiosa, política, de expressão, sexual etc), saúde, honra, respeito, nome, status individual, social e familiar, domicílio, corpo, fama, privacidade e imagem.

Existem na doutrina conceitos positivistas e naturalistas de direito da personalidade. Para os positivistas (De Cupis e Tobeñas), os direitos da personalidade “configuram direitos subjetivos, que, [...] têm função especial em relação à personalidade, configurando o *mínimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo.” (MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 161-162). No entendimento desses autores, os direitos da personalidade são, em sua maioria, direitos inatos, mas não reduzem-se a isso, por existirem direitos que adquirem caráter de essencialidade uma vez revelados, como por exemplo o direito moral do autor (MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 162-163).

Consideram, no entanto, devam ser incluídos como direitos da personalidade apenas os reconhecidos pelo Estado, que lhes dá força jurídica. Não aceitam, pois, a existência de meros direitos inatos, que constituíram exigências de ordem moral, quando situado o

observador no plano do direito positivo. Em conclusão, acentuam que todos os direitos subjetivos derivam do ordenamento positivo: daí sua delimitação no direito positivo em cada caso (MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 165).

Já para os naturalistas (Limongi França), os direitos da personalidade “correspondem às faculdades exercitadas normalmente pelo homem. São direitos que se relacionam com atributos inerentes à condição da pessoa humana.” (SILVA, 1999, p. 89).

Carlos Alberto Bittar se encontra entre os naturalistas:

[...] Entendemos que os direitos da personalidade constituem direitos inatos – como a maioria dos escritores ora atesta –, cabendo ao Estado apenas reconhece-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo – em nível constitucional ou em nível de legislação ordinária –, e dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou as incursões de particulares. (SILVA, 1999, p. 105).

Assim, para o referido autor, os direitos da personalidade independem do direito positivo para existirem. O Estado deve apenas reconhece-los e dota-los de proteção jurídica.

Isso porque os direitos da personalidade compreendem todos os elementos essenciais à existência humana:

[...] Os elementos intrínsecos à pessoa como tal, em toda a sua complexidade natural e histórica, racional e emocional, irrompem como fundamentais para garantir a felicidade humana, e essa fundamentalidade não pôde mais ser ignorada pelo sistema jurídico. A honra, a reputação, a imagem, o nome e os atributos humanos que determinam a positividade ou negatividade das relações da pessoa com outros indivíduos e a comunidade em geral; a afetividade, a sexualidade, a integridade física e psíquica, todos os fatores fisiológicos, psicológicos e emocionais que são decisivos para o bem-estar humano compõem, da mesma forma, um conjunto de elementos que, dada a sua fundamentalidade para a felicidade do homem, exigem a atenção incisiva do direito. [...] Pois todos esses elementos intrínsecos à “humanidade essencial” da pessoa, que concernem a sua personalidade, ou seja, à dimensão existencial da subjetividade humana, compreendem hoje os direitos de personalidade. (SILVA, 1999, p. 106).

Os direitos da personalidade possuem características que lhe são próprias. Encontram-se intimamente ligados à própria pessoa humana, confundindo-se com a própria existência da pessoa natural. São inatos, na medida em que basta ao ser humano nascer para ser legítimo detentor desses direitos, sem qualquer outra exigência. São vitalícios, alguns perdurando mesmo após a morte da pessoa; dessa característica pode-se afirmar que são direitos imprescritíveis. São inalienáveis, não podendo ser dispostos pelo seu detentor, já que ninguém, por ato voluntário, pode deles dispor. São intransmissíveis, já que não podem ser transmitidos de uma pessoa a outra, e também irrenunciáveis. Por fim, são também absolutos, podendo ser opostos *erga omnes*.

Os direitos da personalidade são uma categoria especial de direito, diferentes dos direitos obrigacionais e dos direitos reais, e tem como escopo a proteção aos atributos da personalidade e garantir as pessoas o respeito à dignidade da pessoa humana e aos seus direitos básicos inerentes ao ser humano e que a acompanham durante toda a sua existência.

De tal sorte, o estudo dos direitos da personalidade tem como base primordial o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que os direitos da personalidade são direitos essenciais ao desenvolvimento desta, representando uma garantia para a preservação de sua preconizada dignidade. Por meio dos direitos de personalidade, se protegem a essência da pessoa e as suas principais características.

No decorrer da história a pessoa passou a ser considerado ente de fundamental importância para o ordenamento jurídico para as quais os direitos da personalidade passaram a ser vistas como qualidades mínimas a serem preservadas para o respeito ao ser humano principalmente nas relações de trabalho objeto em que duas partes com poderes tão antagônicos precisam encontrar o equilíbrio de relação.

Os direitos da personalidade são uma categoria de direitos que surgiram como meio de proteção dos indivíduos contra os abusos do

poder estatal. Posteriormente, foram incorporados pelo direito privado e desde então tem sido objeto de discussão.

Ainda tendo alcançado relevo constitucional, é de se destacar que os direitos da personalidade estão albergados pela proteção conferida pelo artigo 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal, figurando dentre os direitos que possuem aplicabilidade imediata, conforme comando do artigo 5º, § 1º da Carta Maior.

Nesta esteira, é possível afirmar que os direitos da personalidade, tal qual esculpidos no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, sujeitam os particulares no âmbito de suas relações privadas, ainda que se discuta se tal vinculação deriva de uma eficácia direta ou indireta.

Em consonância com os direitos fundamentais, os direitos da personalidade, não podem se separar do homem, posto que seja intrínseco e inerente a este, dando ensejo em um direito subjetivo que ressalta um aspecto de poder de nossa vontade e outro aspecto, que é o dever jurídico de respeitar esse poder do outro.

Portanto, juntamente à acepção de pessoa está à possibilidade desta, como titular de direitos, atuar no cenário jurídico, assim a personalidade passa a ser a qualidade jurídica inerente a todas as pessoas e, conseqüentemente, o pressuposto prévio para todos os direitos e deveres.

Conseqüentemente, o conceito de personalidade jurídica também está, dessa forma ligado à ideia de que o homem pode exercer no mundo jurídico, ou seja, qual a função que este pode ocupar em dada relação jurídica, não atribuindo à pessoa o seu real valor, pois considera o sujeito em termos meramente mecanicistas.

A personalidade é a característica que diferencia os seres humanos e não se identifica com os direitos e com as obrigações jurídicas, e sim constitui a precondição deles, ou seja, o seu fundamento e pressuposto.

Assim, não há falar mais na personalidade como a aptidão para obter direitos, mas sim a aptidão para desempenhar papéis no mundo

do direito e, assim, a personalidade valoriza a pessoa no ordenamento jurídico e atribui unidade a este.

No âmbito do direito pátrio, os direitos de personalidade encontram-se inseridos na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil, passando a gozar de ampla proteção no ordenamento jurídico por garantir a “inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, sendo invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas e assegurado o direito a indenização pelos danos decorrente de sua violação.” (BRASIL, 1988).

A legislação civil dedicou o capítulo II de seu código para regulamentar os direitos da personalidade, iniciando pelas personalidades, regulamentando diversas situações relacionadas com o tema, desde a disposição do próprio corpo, o direito e a proteção ao nome, até a utilização e divulgação da imagem em seus artigos 11 ao 21 (BRASIL, 2002).

Em que pese existir muita discussão doutrinária acerca da possibilidade de se considerar direitos da personalidade direitos fundamentais, chega-se à conclusão pela sua admissibilidade, pode sim ser considerado um direito fundamental decorrentes do princípio maior da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente positivado os quais visam criar e tutelar os elementos essenciais da liberdade e da dignidade da pessoa humana previstos tanto na Constituição como na legislação infraconstitucional.

#### **4 NOTAS CONCLUSIVAS**

Dessa forma, percebe-se a importância dos direitos da personalidade nas prerrogativas individuais inerentes à pessoa humana. Direitos este que têm características marcantes e são hiperprotegidos pelo texto normativo analisado, não se podendo submeter à renúncia, transação, alienação, penhora, prescrição ou expropriação.

O novo código civil inova e institui capítulo específico para os direitos da personalidade, utilizando-se de conceito aberto, como o faz em diversas outras passagens, de maneira a remeter à doutrina – e à jurisprudência – a construção das situações particulares de definição e defesa dos novéis interesses.

Passados vinte e cinco anos da promulgação da Constituição Federal e mais de dez anos da promulgação do Código Civil de 2002, dos Direitos de Personalidade sé uma das principais inovações contempladas ao ordenamento jurídico brasileiro. Poucos são os assuntos de Direito Civil que, em curto espaço de tempo, tiveram uma trajetória tão fulgurante e que no caso brasileiro, alcançaram o status de direito fundamental antes.

Chega-se, por fim, à conclusão de que os direitos da personalidade são atrelados aos direitos fundamentais, devendo ser estudados conjuntamente, mesmo por que, é na Constituição que encontramos o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, sendo, pois, a dignidade da pessoa humana o valor fundamental da República e princípio orientador dos direitos da personalidade.

A história nos conta como se chegou a tal pensamento e, é valorizando os percalços e sofrimentos vividos pela Humanidade que precisamos estudar e tutelar os direitos da pessoa humana, pelo simples fato de ser humana.

Dignidade que por ser fundamento da República não cede espaço a nenhum outro valor, sequer aos princípios constitucionais, pois, não sendo colocado no mesmo nível destes, não é posta no jogo ponderativo, tão caro e essencial à aplicação direta e imediata dos Direitos Fundamentais.

Por tudo acima exposto, verifica-se o quanto é importante para o estudo dos direitos de personalidade para o qual o Direito Civil, assim como todo o ordenamento jurídico pátrio, deve ter como parâmetro valores mais harmônicos àqueles previstos na Constituição Federal, sobretudo, a Dignidade da Pessoa Humana.

Em síntese, nesse campo a nova Constituição avançou enormemente. Mas é apenas um começo. A ponta do iceberg. Há muito, ainda, a fazer. A Constituição não é apenas texto.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.

BEVILACQUA Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Rio de Janeiro, 1927, vol. I

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito Civil*. 11. ed. Salvador: Jus Podium, 2013. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra, 1998.

NERY JÚNIOR Néelson; NERY Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989-1992. v. I.

PEREZ LUÑO, Antônio Henrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1995.

RODRIGUES Silvio. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1980. v. I.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *Os direitos fundamentais sociais e a sua judicialização: as garantias judiciais dos direitos sociais*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2016. (Série Direitos Fundamentais Sociais).

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *Terra de trabalho, terra de negócio: o trabalho escravo contemporâneo na perspectiva (da violação) dos direitos sociais*. São Paulo: Editora LTR, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade nas normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiro, 1999.

# BREVES REFLEXÕES SOBRE A ALTERAÇÃO DO NOME E SEXO DE TRANSGÊNEROS NO REGISTRO CIVIL

Jeferson Osvaldo Vieira<sup>56</sup>

## RESUMO

O escopo deste artigo é examinar a disciplina jurídica do nome enquanto direito da personalidade e apresentar as hipóteses em que se admite sua alteração, de acordo com o direito positivado e a interpretação jurisprudencial. Apresentar as decisões proferidas em 2018 pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 4.275 e no Recurso Extraordinário n. 670.422, afetado ao regime de repercussão geral, que a partir da constitucionalização do instituto sob enfoque, permitiram aos transgêneros promover a alteração do prenome e do sexo no registro civil, mediante simples solicitação do interessado diretamente na serventia, independentemente de cirurgia de transgenitalização ou de qualquer tratamento hormonal ou patologizante. Expor a conceituação doutrinária dos termos “transexual” e “transgênero” e a consequente diferenciação em relação a outras categorias similares. Discutir os impactos que o novel entendimento da suprema corte pode trazer a interesses públicos e privados.

**Palavras-chave:** Transgêneros. Nome. Sexo. Alteração.

## I INTRODUÇÃO

Ao julgar a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 4.275, em 1º de março de 2018, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o direito da pessoa transgênero de alterar o prenome e o sexo mediante simples requerimento no ofício de registro civil, independentemente de cirurgia

---

<sup>56</sup> Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera – Uniderp.

de transgenitalização ou tratamento hormonal ou patologizante. Esse entendimento foi reafirmado em 15.08.2018, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 670.422, afetado ao regime de repercussão geral, de modo a solidificar a posição atual daquele tribunal a respeito do tema.

Indiscutivelmente houve um rompimento de paradigma acerca da alterabilidade de dados registrais da pessoa natural, uma vez que se trata de instituto sobre o qual sempre prevaleceu a imutabilidade, blindada pela segurança jurídica que se acreditava ser a pedra fundamental no assunto, e que só podia ser quebrada em situações excepcionais, após autorização judicial.

Essa evolução jurisprudencial contribui sobremodo para diminuir a marginalização das pessoas transgênero e dar concretude à dignidade da pessoa humana, além de representar uma visão progressista, que se tornou possível ante o fenômeno da constitucionalização do direito, que, por meio de mecanismos exegéticos, tem permitido a conformação de institutos dos mais diversos ramos do Direito à inspiração libertária da Constituição Federal.

Buscar-se-á nesse artigo expor qual é o tratamento jurídico dado ao nome enquanto direito da personalidade e em quais hipóteses se admitia sua alteração, e na sequência explanar as mudanças havidas no instituto a partir da nova interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto, será empregado o método dedutivo e realizada pesquisa na literatura especializada, a fim de esclarecer a conceituação de termos como “transgênero” e “transexual”, cuja diferenciação é imprescindível para a exata compreensão do alcance das decisões da corte constitucional.

Não se pode olvidar, outrossim, que qualquer alteração em dados sensíveis de individualização da pessoa implica elevados riscos a interesses públicos e privados, especialmente na seara obrigacional e judiciária, e no particular, alguns serão evidenciados. Pretende-se assim discutir, nesse viés, se a flexibilização nas hipóteses de mudança de nome e sexo na forma estabelecida, com a retirada do controle jurisdicional, é medida absolutamente consentânea à salvaguarda da identidade de

gênero e que dá concretude a esse direito fundamental, ou se é demasiado perigosa no que tange à segurança jurídica e aos possíveis prejuízos a outros interesses igualmente relevantes.

## **2 O NOME ENQUANTO DIREITO DA PERSONALIDADE**

Embora o nome constitua instituto jurídico disciplinado de há muito no ordenamento jurídico, é relativamente recente seu tratamento como um direito integrante da categoria denominada “direitos da personalidade”, que passou a ter autonomia didática e a receber notória importância a partir da constitucionalização do direito, movimento jurídico-exegético que preconiza a aplicação de toda e qualquer norma à luz dos princípios constitucionais. Conforme percutientemente esclarece Luís Roberto Barroso (2012), esse processo de constitucionalização do direito, relativamente recente nos países de democratização tardia, como Portugal, Espanha e Brasil, tem se mostrado extremamente intenso e retira do Código Civil a função de “direito geral” que ostentava na dogmática tradicional, transferindo-a à Constituição Federal. Por meio da jurisdição constitucional, em todos os níveis em que é exercida, o texto maior passa a ostentar não somente uma hierarquia formal, mas uma supremacia material e axiológica, que lhe impinge efetividade muito maior à que sempre teve, pois passa a influenciar diretamente toda a aplicação do ordenamento jurídico, irradiando-lhe seus valores.

Com a propriedade que lhe é peculiar, Silvio Rodrigues (2006) pontua que dentre os direitos subjetivos do homem, pode-se facilmente destacar duas espécies diferentes: aqueles que dele podem ser destacados, como os direitos de crédito, e aqueles que lhe são inseparáveis, por serem “inerentes à pessoa humana e portanto a ela ligados de maneira perpétua e permanente, não se podendo mesmo conceber um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à

sua imagem e àquilo que ele crê ser sua honra.” (RODRIGUES, 2006, p. 61). Estes últimos são os chamados direitos da personalidade. Flávio Tartuce (2013, p. 142) observa que “os direitos da personalidade têm por objeto os modos de ser, físicos ou morais do indivíduo e o que se busca proteger com eles são, exatamente, os atributos específicos da personalidade, sendo *personalidade* a qualidade do ente considerado *pessoa*.” Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2017, p. 198) utilizam uma definição mais sintética, pela qual os direitos da personalidade são “aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.” Jorge Reis Novais (2016) enfatiza a elevada importância de tal categoria de direitos, ao sustentar que são os mais próximos à dignidade da pessoa humana, por serem os direitos fundamentais “que respeitam e se fundam na própria existência do seu titular considerado como *persona*, incluindo-se, aí, as garantias jusfundamentais de protecção da vida, da integridade física e psíquica, da liberdade geral de acção e de uma esfera pessoal reservada.” (NOVAIS, 2016, p. 185).

A classificação dos direitos da personalidade não é consensual na doutrina. Renan Lotufo (2016) preleciona que os direitos da personalidade se subdividem em direitos à integridade física e direitos à integridade moral. Na primeira classe se inserem os direitos à vida, sobre o próprio corpo e o cadáver; na segunda, os direitos à honra, à liberdade, à privacidade, à intimidade, à imagem, ao nome e os direitos de produção intelectual. Com ótica diferente, Carlos Alberto Bittar (2015) prefere organizá-los em três classes: a) físicos, que abrange a vida, o corpo físico, a imagem, o cadáver e a locomoção; b) psíquicos, que compreende as liberdades (expressão, culto, credo), a higidez psíquica, a intimidade e os segredos (pessoais e profissionais); e c) morais, que contempla o nome e outros elementos de identificação, a reputação, a dignidade pessoal, direitos de autor, entre outros. Já Stolze e Gagliano (2017) propõem três grupos segundo a vinculação ao corpo, mente e espírito. No primeiro

grupo, estariam inseridos a vida e integridade física (corpo vivo, cadáver e voz; no segundo, integridade psíquica e criações intelectuais (liberdade, criações intelectuais, privacidade, segredo); no terceiro, integridade moral (honra, imagem e identidade pessoal).

Não obstante essa natural dissonância nos critérios de classificação, é fato que o direito ao nome (por alguns chamado “identidade pessoal”) é indiscutivelmente um direito da personalidade, e como tal deve receber a tutela do Estado, tanto no aspecto de proteção contra lesões como de reparação por danos causados.

O Código Civil, em seu artigo 16, expressa que “Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”. O prenome pode ser simples ou composto e é atribuído pelos genitores ao registrar o nascimento da pessoa. O sobrenome, também denominado “patronímico familiar” ou “apelido familiar”, é transmitido dos ascendentes aos descendentes ou de um cônjuge a outro (art. 1.565, § 1º, do Código Civil) e também pode ser simples ou composto. É possível ainda o acréscimo do “agnome” (Júnior, Filho, Neto, Sobrinho etc), elemento não essencial que serve para diferenciar parentes com nome idêntico.

De acordo com França *apud* Lotufo (2016, p. 113), “o nome é o elemento indispensável ao próprio conhecimento, é em torno dele que a mente agrupa a série de atributos pertinentes aos diversos indivíduos e que acaba por permitir a rápida caracterização e seu relacionamento com os demais.” Exatamente em razão dessa vinculação com a pessoa, o instituto do nome foi tradicionalmente orientado pela regra da imutabilidade, tanto que o artigo 59 da Lei dos Registros Públicos, em sua redação originária, enunciava expressamente que “o prenome será imutável”. Porém, sucessivas alterações na legislação e a chegada da constitucionalização do direito resultaram no abrandamento dessa regra, conforme discorre Anderson Schreiber (2014, p. 190):

A concepção rígida do nome, como sinal distintivo imodificável, foi sendo gradativamente temperada pela legislação brasileira. Permite-se, hoje, a alteração em um conjunto variado de hipóteses, que abrange a retificação da grafia do nome em virtude do erro no registro, a tradução do nome estrangeiro em casos de naturalização, a alteração do prenome suscetível de expor o seu titular ao ridículo, a alteração ou substituição do prenome com a inclusão de apelido público notório, a alteração do nome em virtude de adoção a alteração do nome no primeiro ano após a maioridade civil desde que não prejudique os nomes de família, e assim por diante.

Outra hipótese de intervenção drástica na regra da imutabilidade do nome foi criada pela Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999, que instituiu mecanismos para proteção de testemunhas e réus colaboradores em processos criminais, e que permitiu, no caso de constatação de coação ou ameaça, a alteração completa do nome do protegido, mediante proposta do conselho deliberativo do programa, com manifestação do Ministério Público e autorização judicial (art. 9º). Digno de nota que houve permissão inclusive para alteração completa do nome do cônjuge, ascendentes ou descendentes que convivam com a pessoa protegida (art. 9º, § 1º).

Intervenção mais tênue, mas que não deixa de ser uma quebra à imutabilidade do nome, decorreu da Lei n. 11.924/2009, que acrescentou o § 8º do artigo 57 da Lei dos Registros Públicos, para permitir ao enteado o acréscimo do sobrenome do padrasto ou madrasta, havendo concordância destes e motivo ponderável, e mediante autorização judicial.

Tem-se assim que, no plano legislativo, há uma série de situações em que se admite a alterabilidade do nome, afora a cláusula geral lançada no artigo 57 da Lei dos Registros Públicos, com a redação dada pela Lei n. 12.100, de 27-11-2009, que permite a alteração “por exceção e motivadamente”, a requerimento do interessado, com oitiva do Ministério Público e autorização judicial. Abre-se assim a possibilidade de examinar qualquer situação em que o nome atribuído possa, em tese, representar violação à dignidade da pessoa humana. Nessa linha de raciocínio, Alexandre Schreiber (2014) advoga a tese de que as

hipóteses elencadas nos artigos 57 e 58 da Lei dos Registros Públicos são meramente enunciativas de situações em que o nome implica embaraço ao desenvolvimento da personalidade, de modo a não impedir que o Poder Judiciário possa autorizar alterações por motivos semelhantes. Defende a tese, ademais, que “a proteção da dignidade humana impõe urgente inversão na abordagem dos pedidos de modificação do nome: não é seu acolhimento, mas a sua rejeição, que depende de ‘motivo suficiente’” (SCHREIBER, 2014, p. 193), o que não significa, entretanto, conferir a qualquer pessoa o direito de postular alterações por mero capricho. Parece sensato, entretanto, afirmar que não se pode chegar ao extremo oposto, que é impingir ao nome a característica da mutabilidade, até porque, como advertia Maria Celina Bodin de Moraes (2000), o nome não é apenas um direito, mas também um dever, relativo à obrigação de ser identificado socialmente na comunidade e perante o Estado.

Não obstante a ampliação das hipóteses de alteração do nome que surgiram com o passar dos anos, no afã de adaptar o exercício desse importante direito da personalidade às necessidades da sociedade moderna, manteve-se em qualquer situação o controle jurisdicional sobre o instituto. Todo pleito de alteração ou acréscimo do nome depende, segundo o direito positivado, da propositura de uma ação de jurisdição voluntária, com a necessária intervenção do Ministério Público, enquanto curador dos registros públicos. Conservou-se esse procedimento a fim de garantir que a alteração só ocorra nas hipóteses legais e, no caso da utilização da cláusula geral do artigo 57 da Lei dos Registros Públicos, que seja avaliada a relevância e suficiência do motivo alegado por um órgão estatal, isento e imparcial. Nega-se, com isso, total autonomia da pessoa sobre o direito ao nome, haja vista o interesse de ordem pública que recai sobre a perenidade da identificação da pessoa no meio social. Continua prevalecendo a imutabilidade como regra, de modo a coibir pretensas alterações por mero capricho, como ocorreu em determinado caso

julgado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que negou a exclusão da partícula “de” no nome de pessoa que alegava sofrer constrangimentos com isso (Apelação Cível n. 0301869-43.2017.8.24.0079, Rel. Des. Fernando Carioni, julgada em 05.04.2018).

É inegável, por outro lado, que apesar dessa importante cautela para que não haja abuso no exercício da faculdade de alterar o nome, a necessidade do crivo jurisdicional sujeita o interessado a um juízo largamente subjetivo dos órgãos jurisdicionais provocados a intervir, especialmente quando utilizada a cláusula geral do artigo 57 da Lei dos Registros Públicos, já que não há critérios objetivos para se definir o que seja “alteração motivada”. Subsiste o risco de que, por exagerado apego do julgador à regra da imutabilidade do nome ou preocupação abstrata com o risco de lesão a terceiros, por vezes não demonstrado, denegue-se a almejada alteração, impondo-se ao interessado conviver com um nome que lhe represente carga psicológica negativa, com total subversão da lógica de proteção que o Estado deve oferecer aos direitos da personalidade.

Não se deve olvidar que os direitos da personalidade deitam raiz na dignidade da pessoa humana, que é o valor maior que deve nortear a interpretação de todo o ordenamento jurídico, juntamente com os demais valores constitucionalmente consagrados. Essa é a essência da constitucionalização do direito. A propósito da temática, é irrepreensível a lição de Luís Roberto Barroso:

Como um valor fundamental que é também um princípio constitucional, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídonormativo dos direitos fundamentais

[...]

O outro papel principal da dignidade humana é interpretativo. A dignidade humana é parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais, como a igualdade, a liberdade ou o direito ao voto (o qual, a propósito, não está expresso no texto da Constituição dos Estados Unidos). Sendo assim, ela vai necessariamente informar a interpretação de tais direitos constitucionais, ajudando a definir o seu sentido nos casos concretos. Além disso, nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito,

colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas, a dignidade humana pode ser uma boa bússola na busca da melhor solução. (BARROSO, 2016, p. 66).

Um caso emblemático em que o Superior Tribunal de Justiça deu concretude à dignidade da pessoa humana, utilizando-a como guia interpretativo da cláusula lançada no artigo 57 da Lei dos Registros Públicos, foi o julgamento proferido no Recurso Especial 1.304.718/SP, julgado em 18.12.2014, em que foi relator o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Em discussão, o direito de filho de suprimir o patronímico paterno, em razão de que foi abandonado pelo pai desde tenra idade e não mantinha com ele qualquer vínculo afetivo. O pedido foi denegado no Tribunal de Justiça de São Paulo, que se lastreou na regra do artigo 56 da Lei dos Registros Públicos, que veda a alteração dos nomes de família, e no raciocínio de que a supressão desejada não se amoldava a nenhuma das exceções à imutabilidade do nome. Ao dar provimento ao recurso por entender caracterizado o justo motivo, anotou o Ministro relator que “o nome é elemento da personalidade, identificador e individualizador da pessoa na sociedade e no âmbito familiar”, e citou precedente da corte no sentido de que “Na dignidade da pessoa humana reside, por sua vez, a origem dos direitos ao registro e à identificação pelo nome e pela filiação, direitos estes irrenunciáveis”.

Também foi a dignidade humana o princípio que orientou a constitucionalização da interpretação das regras de direito civil e direito registral, no que tange à possibilidade de transexuais submetidos à cirurgia de redesignação obterem a alteração de prenome e sexo no registro civil. Num dos acórdãos pioneiros proferidos em 2009 pelo Superior Tribunal de Justiça na temática, a relatora, Ministra Nancy Andrighi, deixou assentado:

A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois, a invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenação do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana – cláusula geral que permite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial

humano. Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto (STJ, Recurso Especial n. 1.008.398-SP, julgado em 15.10.2009).

Mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça evoluiu nessa interpretação, para permitir a referida alteração de prenome e sexo inclusive para transexuais que não se submeteram à cirurgia de redesignação sexual. Mais uma vez, a dignidade da pessoa humana foi o princípio orientador que permitiu compatibilizar as regras de direito civil e registral aos valores constitucionalmente albergados, conforme se pode deduzir da ementa do julgado:

Assim, a segurança jurídica pretendida com a individualização da pessoa perante a família e a sociedade - *ratio essendi* do registro público, norteado pelos princípios da publicidade e da veracidade registral - deve ser compatibilizada com o *princípio fundamental da dignidade da pessoa humana*, que constitui vetor interpretativo de toda a ordem jurídico-constitucional.

Nessa compreensão, o STJ, ao apreciar casos de transexuais submetidos a *cirurgias de transgenitalização*, já vinha permitindo a alteração do nome e do *sexo/gênero* no registro civil (*REsp 1.008.398/SP*, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 18.11.2009; e *REsp 737.993/MG*, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 10.11.2009, DJe 18.12.2009).

A citada jurisprudência deve evoluir para alcançar também os *transexuais não operados*, conferindo-se, assim, a máxima efetividade ao princípio constitucional da promoção da dignidade da pessoa humana, cláusula geral de tutela dos direitos existenciais inerentes à personalidade, a qual, hodiernamente, é concebida como valor fundamental do ordenamento jurídico, o que implica o dever inarredável de respeito às diferenças.

Tal valor (e princípio normativo) supremo envolve um complexo de direitos e deveres fundamentais de todas as dimensões que protegem o indivíduo de qualquer tratamento degradante ou desumano, garantindo-lhe condições existenciais mínimas para uma vida digna e preservando-lhe a individualidade e a autonomia contra qualquer tipo de interferência estatal ou de terceiros (eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais) (STJ, Recurso Especial n. 1.626.739-RS, julgado em 09.05.2017).

Ante esse breve apanhado, denota-se que a regra da imutabilidade do nome foi paulatinamente flexibilizada e atualmente comporta diversas

exceções, além de existir uma cláusula geral que confere ao interessado a possibilidade de postular alterações “por exceção e motivadamente”. Em todo caso, segundo a disciplina legislativa, compete ao Poder Judiciário avaliar a pertinência em cada caso concreto, tendo como parâmetro a lógica de que, ao lado da rigidez preconizada pela segurança jurídica a terceiros, o direito ao nome é um direito da personalidade vinculado à dignidade da pessoa humana, e como tal seu exercício deve ser protegido. Formou-se corrente no âmbito jurisprudencial no sentido de admitir a alteração do prenome e da designação de sexo no registro civil, inicialmente ao transexual submetido à cirurgia de transgenitalização, e mais recentemente com dispensa de submissão a essa modalidade de intervenção cirúrgica.

### **3 DISTINÇÕES CONCEITUAIS NECESSÁRIAS À COMPREENSÃO DAS DECISÕES PROFERIDA NA ADI N. 4.275 E NO RE 670.422**

Para uma adequada compreensão do alcance da decisão de caráter vinculante proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI n. 4.275, é imprescindível conhecer conceitos relacionados à diversidade sexual e ao direito homoafetivo.

É referência nessa temática a autora Maria Berenice Dias, que na obra “Homoafetividade e os Direitos LGBTI” (2014) esclarece que o sexo é definido pelas características biológicas e morfológicas do indivíduo e não determina a orientação sexual e tampouco a identidade de gênero, enquanto que o gênero é a conformação social que o senso comum atribui como característica de cada um dos sexos. Conforme esclarece a autora, no ideário social “homens usam azul, jogam futebol, não choram e precisam ser fortes e competitivos”, ao passo que as mulheres “se vestem de cor de rosa, precisam ser frágeis e dóceis.” (DIAS, 2014, p. 42).

Outros conceitos muito importantes são a identidade de gênero e a orientação sexual. Patrícia Correa Sanches (DIAS, 2011, p. 434) preleciona que “identidade de gênero é o sentimento do indivíduo quanto ao sexo que possui, o que, em alguns casos, pode não ser aquele que biologicamente tem por registro civil.” Nas palavras de Leandro Rinaldo Cunha, a identidade de gênero “está atrelada ao conceito de pertencimento de cada um, na sua sensação ou percepção pessoal quanto a qual seja o seu gênero (masculino ou feminino), independentemente de sua constituição física ou genética.” (2015, p. 19). A identidade de gênero, portanto, não guarda necessária correlação com o sexo biológico/morfológico.

Já orientação sexual, conforme Dias (2014, p. 42) “indica o impulso sexual de cada indivíduo, aponta para a forma como ele vai canalizar sua sexualidade. A orientação sexual tem como referência o gênero pelo qual a pessoa sente atração, desejo afetivo e sexual.” Assim, no que atine à orientação sexual, o indivíduo pode ser classificado em heterossexual, quando sente atração por pessoa com identidade de gênero diverso do seu; homossexual, se por alguém do mesmo gênero; bissexual, quando a atração for por ambos os gêneros. Enézio de Deus Silva Júnior (DIAS, 2011) diverge, nesse particular, pois afirma que a atração emocional, sexual e afetiva dos homossexuais é por pessoas do mesmo sexo biológico (e não por pessoas com a mesma identidade de gênero), do mesmo modo que a atração dos heterossexuais é por pessoas de sexo biológico oposto. De todo modo, não há polêmica sobre o fato de a identidade de gênero não ter relação com a orientação sexual do indivíduo.

Por outro lado, as pessoas transgênero, segundo Silva Júnior (DIAS, 2011, p. 98) “são os indivíduos que, na sua forma particular de estar e/ou de agir, ultrapassam as fronteiras de gênero esperadas/construídas culturalmente para um e para outro sexo” e podem englobar “travestis, transexuais, ‘drag queens’, ‘drag kings’ e ‘cross-dresser’.” Finalmente, os transexuais são pessoas que “sentem-se em desconexão

psíquico-emocional com o sexo biológico do seu nascimento, pelo fato de, psicologicamente, identificarem-se de modo oposto ao esperado para o seu corpo, do ponto de vista de gênero inclusive.” (DIAS, 2011, p. 99).

É nítido, nessa linha de raciocínio, que o termo “transexual” é aplicável à pessoa que sente ter nascido “no corpo errado”, isto é, não se identifica com o corpo biológico e preferiria imensamente possuir o corpo do sexo oposto. Tais pessoas buscam, para sua satisfação psicológica, adotar comportamento típico do gênero oposto e em determinados casos se submetem a tratamento hormonal e intervenção cirúrgica para se aproximarem morfológicamente do sexo oposto. O transexualismo é classificado no Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-5) da Associação Americana de Psiquiatria como “disforia de gênero”, relacionada ao descontentamento afetivo/ cognitivo de um indivíduo com o gênero designado.

Nesse quadro, está claro que a transexualidade é algo totalmente distanciado da homossexualidade, pois naquela o indivíduo não se sente confortável com o corpo que possui, independente de sua orientação sexual; nesta, não há qualquer rejeição psicológica do indivíduo ao seu corpo, mas apenas atração afetiva e sexual por pessoas do mesmo sexo biológico ou identidade de gênero. Nessa ordem de ideias, o indivíduo transexual tanto pode ser heterossexual (quando sente atração por pessoas do sexo oposto àquele com o qual se identifica) ou homossexual (quando sente atração por pessoas do mesmo sexo com o qual se identifica), além, logicamente, da possível bissexualidade.

Não obstante, o termo “transgênero” tem acepção mais ampla, relacionada ao exercício da identidade de gênero, e não depende da rejeição psicológica do indivíduo ao seu corpo, como no caso dos *travestis*, que, conforme explica Enézio de Deus Silva Júnior (DIAS, 2011, p. 99) “via de regra, aceitam, do ponto de vista psicológico, o sexo biológico do seu nascimento [...] e, ao longo do desenvolvimento psíquico-social,

constroem um imaginário todo próprio, cuja identificação de gênero se volta mais para o sexo oposto, e isso é perceptível nas suas formas de ser, agir, vestir-se ou comportar-se.”

#### **4 A CONFORMAÇÃO DO DIREITO AO NOME À IDENTIDADE DE GÊNERO NA INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Chega-se ao tema central desse artigo, que é examinar a conformação do direito ao nome é identidade de gênero, segundo a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 4.275 e do Recurso Extraordinário n. 670.422, afetado ao regime de repercussão geral.

De bom alvitre esclarecer que a ADI n. 4.275 foi proposta pela Procuradoria-Geral da República em 21.7.2009 e no bojo da petição inicial, após dissertação sobre a diferença conceitual entre transgêneros e transexuais, consignou-se que “a presente ação alcança apenas os transexuais e a tese aqui sustentada é a de que há um direito fundamental à identidade de gênero, inferido dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da igualdade (art. 5º, caput), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV), da liberdade (art. 5º, caput), e da privacidade (art. 5º, X)”. O pedido formulado foi para que fosse dado ao artigo 58 da Lei n. 6.015/73 interpretação conforme à Constituição, para se reconhecer aos *transexuais*, independentemente de cirurgia de redesignação, o direito à substituição de prenome e sexo no registro civil.

Referida ação de controle direto de constitucionalidade teve seu julgamento concluído em 1.3.2018 e, embora o acórdão não tenha sido publicado até a finalização deste artigo, a certidão de julgamento foi assim lançada:

*Decisão:* O Tribunal, por maioria, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e, em menor extensão, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, julgou procedente a ação para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Redator para o acórdão o Ministro Edson Fachin. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 1º.3.2018.

Já no Recurso Extraordinário n. 670.422/RS, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, a tese que se reconheceu em repercussão geral foi a possibilidade de alteração de gênero no assento de registro civil de *transexual*, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo (Tema 761). Esse recurso teve seu mérito julgado em 15.8.2018, com a prolação da seguinte decisão:

*Decisão:* O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 761 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário. Vencidos parcialmente os Ministros Marco Aurélio e Alexandre de Moraes. Nessa assentada, o Ministro Dias Toffoli (Relator), reajustou seu voto para adequá-lo ao que o Plenário decidiu na ADI 4.275. Em seguida, o Tribunal fixou a seguinte tese: “i) O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa; ii) Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo ‘transgênero’; iii) Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial; iv) Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar de ofício ou a requerimento do interessado a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos”. Vencido o Ministro Marco Aurélio na fixação da tese. Ausentes, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes, e, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia (Presidente). Presidiu o julgamento o Ministro Dias Toffoli (Vice-Presidente). Plenário, 15.8.2018

Importante observar que embora o objeto das duas ações fosse o direito dos *transexuais* a alteração do nome e sexo no registro civil, o Supremo Tribunal Federal reconheceu-o aos *transgêneros*, grupo muito mais abrangente, conforme conceituação suso fixada, que não envolve apenas os indivíduos que manifestam rejeição psicológica ao corpo biológico que possuem, o que é nota distintiva do primeiro grupo.

Embora não publicado o acórdão da ADI n. 4.275, o Ministro Marco Aurélio, que ficou vencido parcialmente, entendia que o acolhimento do pedido deveria se dar somente em relação aos transexuais, pois assentou que “os fundamentos para autorização da mudança do registro civil pressupõem não a submissão a procedimento cirúrgico, o qual altera apenas o aspecto anatômico, mas, sim, a condição de transexual. A disforia e o sofrimento dela decorrentes justificam a troca do prenome, com ou sem cirurgia”, conforme consta em seu voto, já divulgado. Ressalvou ainda que, no caso de não submissão à cirurgia de transgenitalização, a alteração dependeria de atendimento aos ditames da Resolução n. 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina, que estabelece critérios para caracterização do transexualismo e condições para realização da cirurgia, como idade mínima de 21 anos, desconforto com o sexo anatômico natural, desejo expresso de perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto, permanência desses “distúrbios” de forma contínua e persistente por no mínimo dois anos e diagnóstico médico da condição de transexual.<sup>57</sup>

Não foi, contudo, a tese que prevaleceu, pois a maioria dos ministros estendeu o direito aos indivíduos transgênero, independentemente de qualquer diagnóstico médico, bastando a mera manifestação da vontade diretamente perante o ofício de registro civil. O Ministro Edson Fachin, cujo voto também foi disponibilizado, endossou

---

<sup>57</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4.275VotoM-MA.pdf>. Acesso em: 12 out. 2018.

esse entendimento com arrimo na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos, que vedam qualquer tipo de discriminação de qualquer natureza. Para guardar total fidelidade aos fundamentos de seu voto, pertinente a transcrição literal do seguinte trecho:

Da forma como redigido, o dispositivo da Convenção Americana necessariamente abarca os transgêneros. É nesse sentido que a Corte Interamericana firmou em sua opinião consultiva:

[...] a Corte Interamericana deixa estabelecido que a orientação sexual e a identidade de gênero, assim como a expressão de gênero, são categorias protegidas pela Convenção. Por isso está proibida pela Convenção qualquer norma, ato ou prática discriminatória baseada na orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero da pessoa. Em consequência, nenhuma norma, decisão ou prática do direito interno, seja por parte das autoridades estatais ou por particulares, podem diminuir ou restringir, de modo algum, os direitos de uma pessoas à sua orientação sexual, sua identidade de gênero e/ ou sua expressão de gênero". (para. 78).

No que tange à noção de identidade de gênero, extremamente elucidativa a Introdução aos Princípios de Yogyakarta, documento apresentado no Conselho de Direitos Humanos da ONU que versa justamente sobre a aplicação da legislação internacional sobre direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.

Nele se consigna logo de partida em seu preâmbulo que identidade de gênero:

[...] como estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismo.

A Corte Interamericana, por sua vez, assentou que a identidade de gênero:

também se encontra ligada ao conceito de liberdade e da possibilidade de todo ser humano autodeterminar-se e escolher livremente suas opções e circunstâncias que dão sentido à sua

existência, conforme às suas próprias convicções, assim como ao direito à proteção de sua vida privada [...]

Sobre esse ponto, deve-se recordar que a identidade de gênero foi definida nesta opinião como a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, o qual pode ou não corresponder com o sexo assinalado no momento do nascimento. [...] o reconhecimento da identidade de gênero encontra-se ligada necessariamente à ideia segundo a qual o sexo e o gênero devem ser percebidos como parte de uma construção identitária que resulta da decisão livre e autônoma de cada pessoa, sem que se deve estar sujeita à sua genitália.

Dessa forma, o sexo, assim como as identidades, as funções e os atributos construídos socialmente que se atribuem a diferenças biológicas em todo o sexo assinalado ao nascer, longe de constituir-se em componentes objetivos e imutáveis do estado civil que individualiza uma pessoa, por ser um fato da natureza física ou biológica, terminam sendo traços que dependem da apreciação subjetiva de quem o detenha ou residam em construção da identidade de gênero auto-percebida relacionada com o livre desenvolvimento da personalidade, a autodeterminação sexual e o direito a vida privada” (para. 93-95).<sup>58</sup>

Ante o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, após a publicação do acórdão da ADI n. 4.275, todos os órgãos estatais, especialmente os ofícios do registro civil, estarão obrigados a atender pedidos de alteração de prenome e sexo no registro civil de qualquer pessoa que se declare transgênero, independentemente de qualquer perquirição, solicitação de parecer médico ou autorização judicial. Bastará que a pessoa, no exercício de seu direito à identidade de gênero, faça autodeclaração de pertencer ao sexo oposto ao biológico e requeira alteração do prenome e do sexo, sem que se possa dar qualquer publicidade dessa alteração no caso de emissão de certidão por solicitação de terceiro.

É indiscutível que tal decisão representa um avanço no enfrentamento da desigualdade e do preconceito que recai sobre os transgêneros, que poderão usufruir do direito ao nome enquanto atributo de sua personalidade sem carregar qualquer constrangimento e da forma que se lhe afigure mais aprazível.

<sup>58</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4.275VotoEF.pdf>. Acesso em: 12 out. 2018.

Não se pode olvidar, entretanto, que a amplitude da decisão proferida pela suprema corte coloca em risco a segurança jurídica que envolve o nome da pessoa, já que afasta qualquer possibilidade de verificação sobre ser a alteração pretendida realmente um reflexo do exercício da identidade de gênero ou mera busca de benefícios menos nobres, uma vez que basta ao interessado comparecer à serventia extrajudicial e postular a alteração de prenome e sexo no registro.

Conforme já assinalado, o nome constitui não só um direito da personalidade, mas também um dever, já que é o sinal distintivo da pessoa na sociedade e que permite sua correta identificação e localização. O nome é o principal elemento de qualificação da pessoa e é por meio dele que se celebram contratos e relações jurídicas das mais diversas naturezas. No caso de descumprimento de obrigação contratual, assiste ao credor o direito de buscar a satisfação na via judicial, e poderá encontrar enormes dificuldades caso seu devedor tenha promovido alteração de sua denominação, até porque sequer conseguirá obter uma certidão do registro civil indicando o nome anterior e atual do devedor.

No âmbito do direito de família, de igual modo, é necessário ter-se a qualificação do devedor de alimentos para se exigí-los e do suposto pai para se reconhecer uma paternidade sonogada, da mesma forma que o cumprimento da sucessão hereditária pressupõe exata identificação dos herdeiros. Nas relações afetivas, é possível que o transgênero submetido à cirurgia de redesignação omita ao parceiro a informação sobre o sexo natural e então, caso se admita que existe um direito deste em saber a verdade, resultaria obstada a fonte mais clara e segura a respeito.

Não só interesses privados poderão ser frustrados, mas sobretudo interesses estatais. Basta imaginarmos a dificuldade de realização de uma investigação criminal acerca de delito cujo suspeito teve o nome alterado, ou, mais adiante, o cumprimento de um mandado de prisão de alguém que teve contra si proferida uma condenação, e que via de regra, vai ser procurado a

partir de seu nome. Conseguiria facilmente frustrar a incidência das normas penais, furtando-se à execução de sua prisão no caso de abordagem policial casual ou comparecimento a algum órgão em que tivesse que ser identificado, tudo isso sem falar nos benefícios decorrentes da não correlação da certidão de antecedentes a eventuais condenações anteriores, o que afastaria os graves reflexos jurídicos-penais da reincidência.

No aspecto previdenciário, também poderão surgir dificuldades ou até mesmo burla aos requisitos para obtenção de benefício, especialmente aqueles que tenham critérios diferentes, como idade ou tempo de contribuição, estipulados de acordo com o sexo do segurado. Na órbita tributária, a exemplo do que ocorrerá com obrigações civis, poderão haver prejuízos à satisfação dos créditos do fisco pela dificuldade de se localizar o devedor e identificar seu patrimônio. Na seara registral, a segurança jurídica que deve existir no encadeamento dominial também poderá resultar frustrada.

Não está claro, até o momento, se haverá algum mecanismo que impeça a pessoa que obteve alteração de prenome e sexo de, com base na nova certidão de nascimento, obter a emissão de novo número de CPF, ou ao menos um controle estatal a respeito. E se constatada essa tentativa, poderá a Receita Federal denegar o pedido, ou haverá também um direito subjetivo à obtenção do novo cadastro, para que a pessoa transgênero não seja vinculada de forma alguma a algo que poderia revelar o nome anterior e sexo biológico?

Ainda, como ficará a validade de procurações e escrituras públicas que tenham sido outorgadas com a consignação do nome anterior, alterado? Perderão a validade (sem incidência de hipótese legal para tanto) ou permanecerão hígidas? Neste último caso, parece inegável que haverá elevada dúvida sobre a autenticidade dos documentos caso venham a ser utilizados após a alteração do nome do outorgante.

Ante a extrema facilitação da alteração de nome e sexo no registro civil, não é exagero pensar que muitas pessoas poderão exercer

esse direito não para alcançar satisfação pessoal relacionada à identidade de gênero, mas sim para obter outros benefícios reflexos, como não ter um cadastro negativo em cartórios de protestos ou rol de inadimplentes, obter certidões negativas de protestos ou débitos fiscais, ou não estar na condição de procurado pela justiça.

Necessário ainda apontar que para alguns autores, como Enézio de Deus Silva Júnior, a condição de transgênero pode ser perene, como no caso de transexuais e travestis, ou pode ser eventual, “manifestando-se em atos de transgeneridade, no sentido de afronta ou perpassa das fronteiras de gênero estabelecidas socioculturalmente.” (DIAS, 2011, p. 99). No caso de transgeneridade eventual, será possível futuro retorno ao *status quo*, também mediante simples requerimento no registro civil?

Quer nos crer, portanto, tenha sido equivocada a decisão do Supremo Tribunal Federal de afastar qualquer espécie de controle sobre os riscos à coletividade no caso de alteração do nome e sexo. A manutenção da necessidade de análise judicial poderia suplantar esses riscos, sem maiores percalços ao exercício do direito da personalidade, já que se trata de procedimento de jurisdição voluntária e que via de regra é célere. Conforme argumenta Anderson Schreiber (2014, p. 193):

A justificativa para um controle judicial situa-se exatamente no dever do magistrado de aferir, concretamente, quais riscos a mudança traz para o grupo social. Decisões que rejeitam pedidos de alteração do nome devem, portanto, ser fundamentadas com a indicação específica da ameaça que a modificação traz à coletividade, sendo aceitável que se impeça a adoção de novo nome por quem, por exemplo, figura como devedor em concurso de credores ou como suspeito em investigação criminal.

Há, indiscutivelmente, um interesse público sobre a necessidade de correta identificação das pessoas na sociedade que, a nosso ver, não poderia ser totalmente sacrificado ou colocado em tão elevado risco, como fez o Supremo Tribunal Federal. Não se estaria negando o direito fundamental à identidade de gênero caso fossem previstas determinadas

condições, plenamente justificadas pelo interesse da sociedade. Nenhum direito é absoluto, conforme tem recorrentemente afirmado o próprio tribunal e se mostrava imprescindível harmonizar o direito reconhecido aos demais interesses sociais em rota de colisão.

De todo modo, a nova conformação constitucional do direito ao nome levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal representa uma quebra definitiva ao dogma da imutabilidade do nome da pessoa natural, que já vinha sendo abrandada pela legislação infraconstitucional e pela interpretação jurisprudencial, e significa um passo adiante na erradicação do preconceito contra os transgêneros. A experiência prática e os reflexos que decorrerão dessa mudança de postura do Estado brasileiro dirão se foi uma evolução em compasso com a concretização dos direitos fundamentais ou se era preferível uma posição mais conservadora, em prol da segurança jurídica.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O nome é um direito da personalidade expressamente reconhecido no Código Civil, que compreende o prenome e o sobrenome e goza de proteção legal contra uso indevido e garantia de reparação no caso de lesões que lhe sejam impingidas por ato ilícito de terceiro. É atribuído à pessoa por seus genitores por ocasião do nascimento e via de regra é imutável, comportando alterações somente em casos excepcionais, expressamente previstos no direito positivado. As hipóteses principais são a alteração do prenome por livre escolha no primeiro ano após a maioridade civil, quando cause vexame ou constrangimento ao portador, para tradução no caso de naturalização de estrangeiro, no caso de adoção, para inserção de apelido público notório ou para acréscimo de apelido de família de padrasto ou madrasta, com o consentimento destes. Em todos os casos, a alteração era condicionada à autorização

judicial. No ano de 2009, inseriu-se na Lei dos Registros Públicos uma cláusula geral que permite que se postule alteração do nome “por exceção e motivadamente”, sob aprovação do Poder Judiciário, a quem incumbe avaliar a pertinência e relevância do motivo alegado.

A constitucionalização do instituto e a evolução jurisprudencial conduziram à admissibilidade de alteração de nome e sexo no registro civil de pessoa transexual, portadora de sentimento de rejeição ao sexo biológico natural, inicialmente sob condição de submissão à cirurgia de transgenitalização, e depois independentemente dessa intervenção cirúrgica.

No ano de 2018, ao julgar ação de controle concentrado de constitucionalidade (ADI n. 4.275) e recurso em ação individual, mas afetado ao regime de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal conferiu à pessoa transgênero o direito de alterar o prenome e o sexo no registro civil, mediante simples requerimento do interessado, independentemente de cirurgia de redesignação sexual, tratamento hormonal ou patologizante.

Trata-se de decisão que representa inegável avanço para a erradicação de todas as formas de discriminação e que dá concretude à identidade de gênero, mas que ofende a segurança jurídica e sujeita a riscos elevados o interesse público e também interesses privados de terceiros, na medida em que o nome da pessoa, enquanto elemento essencial de sua identificação, paralelamente a um direito constitui também um dever, pois serve à finalidades as mais diversas, imprescindíveis à harmônica convivência social.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 4. reimp. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 25 ago. 2018.

BRASIL. Lei n. 6.015, de 30 de setembro de 1997. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 set. 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm). Acesso em: 5 out. 2018.

BRASIL. Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 jul. 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9807.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9807.htm). Acesso em: 13 out. 2018.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 25 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial n. 1.008.398/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 15 de outubro de 2009. *Diário de Justiça eletrônico*, Brasília, DF, 18 nov. 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1008398&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 30 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial n. 1.304.718/SP. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 18 de dezembro de 2014. *Diário de Justiça eletrônico*, Brasília, DF, 5 fev. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1304718&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 30 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial n. 1.626.739/RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 9 de maio de 2017. *Diário de Justiça eletrônico*, Brasília, DF, 1 ago. 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1626739&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 31 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 4.275. Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, DF, 1 de março de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. Acesso em: 12 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 679.42. Relator: Ministro Dias Toffoli, Brasília, DF, 15 de agosto de 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4192182>. Acesso em: 12 out. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (3. Câmara de Direito Civil). Apelação Cível n. 0301869-43.2017.8.24.0079. Relator: Desembargador Fernando Carioni, Florianópolis, 5 de abril de 2018. Disponível em: [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora). Acesso em: 02 set. 2018.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. rev., aum. e modif. por Eduardo C. B. Bittar. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA, Leandro Rinaldo. *Identidade e redesignação de gênero: aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Homoafetividade e os direitos LBGTI*. 6. ed. ref. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232)*, volume 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Sobre o Nome da Pessoa Humana. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 12, p. 48-74, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana*. Volume 1: Dignidade e Direitos Fundamentais. Coimbra: Almeida, 2016.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil, Parte Geral - v. 1*. 34. ed. 4. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, 1: Lei de Introdução e parte geral*. 9. ed. São Paulo: Método, 2013.

# A COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE MORADIA E DE PROPRIEDADE

João Paulo Finn<sup>59</sup>

## RESUMO

Por meio deste trabalho, procura-se analisar a relação existente entre os direitos fundamentais de moradia e de propriedade, principalmente no que concerne às relações em que se opõe ao outro. Para tanto, expomos alguns breves apontamentos em relação aos direitos fundamentais, considerados necessários para entender a relação do Estado com a efetivação e proteção dos direitos à moradia e de propriedade. Posteriormente passamos às análises específicas de cada um destes direitos iniciando pelo direito de propriedade, verificando seu histórico geral, nacional, suas funções e seus atributos, principalmente sua função social. Em seguida demonstramos os aspectos mais importantes do direito à moradia, como seu conceito, suas dimensões, sua vinculação à dignidade humana, entre outros. Ao final, analisamos as colisões entre os dois direitos fundamentais até então expostos e os meios de solução de seus conflitos, além de alguns importantes casos concretos.

**Palavras-chave:** Direito fundamental. Colisões. Moradia. Propriedade. Dignidade. Pessoa humana.

## I INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais, em sentido material, são considerados como suportes jurídicos que determinam condições mínimas para a efetivação do princípio da dignidade humana.

Neste contexto, entre outras, prevalecem como funções principais dos direitos fundamentais, a função de defesa ou negativa, típica

---

<sup>59</sup> Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Registros Públicos pela Universidade Anhanguera – Uniderp.

dos direitos fundamentais de primeira geração; e a função prestacional ou positiva, típica de direitos fundamentais de segunda geração. A primeira, decorrente do surgimento do Estado Liberal, protege a dignidade humana, estabelecendo limites à ingerência do Estado sobre a vida dos cidadãos. A segunda, decorrente do surgimento do Estado Social, estabelece uma ação positiva por parte do Estado aos cidadãos com fim a lhes conceder uma vida mais digna sob o amparo do princípio da igualdade.

O direito de propriedade surgiu como um direito “puro” de primeira geração, ou seja, que simplesmente limitava a autoridade do Estado de forma a afastá-lo do patrimônio privado. No entanto, com o surgimento do Estado Social, este direito ganha novos contornos, de forma que somente gozará da proteção garantida pela Constituição Federal, quando a propriedade for exercida segundo com sua função social.

No que concerne ao direito à moradia, este surgido durante a evolução do Estado Liberal para o Estado Social, passou a ter uma ênfase cada vez maior à medida que a Constituição passava a influenciar o direito privado, mais especificamente o direito civil. Ainda assim o direito à moradia evoluiu devido sua vinculação à dignidade humana passando a ter um conceito bem mais amplo que de simples abrigo.

O direito à moradia compreende duas dimensões. A dimensão negativa consta de uma de proteção ao local ocupado como residência pelo indivíduo. Já, a dimensão positiva apresenta-se como um direito subjetivo que pode ser oposto ao Estado como forma de obtenção da moradia ou das condições que a tornem digna, o que fica estabelecido no intervalo encontrado entre o mínimo existencial e a reserva do possível.

Apesar desses dois direitos fundamentais muitas vezes se apresentarem como complementares são direitos autônomos e independentes, características que muitas vezes os coloca em rota de colisão. Essas colisões, de regra, apresentam-se quando esses direitos são demandados sobre imóveis urbanos cuja propriedade pertence a um

sujeito e a posse para moradia a outro sujeito. Por esse motivo somente a propriedade sobre os imóveis urbanos será considerada neste trabalho.

Após a exposição destes aspectos apresentaremos de modo geral as circunstâncias carreadoras das colisões entre os direitos fundamentais à moradia e de propriedade, assim como as soluções apresentadas pela lei, pela jurisprudência e pela doutrina para os casos de colisão entre os direitos fundamentais à moradia e de propriedade.

Assevera-se que, em razão da extensão do tema e dos limites determinados para este artigo, buscou-se demonstrar apenas superficialmente cada um dos pressupostos, causas e efeitos das colisões entre estes direitos.

Quanto à metodologia, o método científico utilizado é preponderantemente o Dedutivo; e o procedimento técnico se deu por pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial.

## **2 BREVES APONTAMENTOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

A Constituição Federal de 1988, que entre outros pseudônimos leva o de Constituição-Cidadã, foi epicentro na redemocratização do país. No entanto, esta Constituição, não é a típica constituição de um movimento revolucionário vitorioso. Ela marcou uma transição do regime militar para a democracia política, e seu texto decorreu de inúmeras negociações e comissões temáticas que buscavam criar algo novo e de conformidade com a democracia exigida pelas forças políticas e de poder contemporâneas.

Muitas são as marcas deixadas pelo texto constitucional que denotam o rompimento com o regime militar e a inauguração de um regime democrático. É justamente para consolidar essa marca, considerando o estado de transição, sem as certezas do que viria, a Constituição de 1988, foi criada muito mais como programa do que realidade.

Entretanto há de se admitir que o texto da atual Constituição é um texto progressista com atualizações de grande relevância para o constitucionalismo pátrio, mantendo um viés federalista, republicano, democrático e presidencialista, e fortalecendo seu cunho social.

Quanto à disposição ao longo do texto da constituição, os direitos fundamentais estão em sua grande maioria localizados no Título II da Constituição de 1988, do artigo 5º ao 17, encontrando-se também em outras partes do texto, tal como os princípios tributários ou do direito ao meio ambiente saudável. Há ainda a possibilidade de serem considerados como direitos fundamentais outros fora do texto constitucional, mas materialmente reconhecidos como tais.

A relevância dos direitos fundamentais na atual constituição fê-los ganhar localização topográfica de destaque, logo em seguida aos princípios fundamentais do Estado, fazendo-se considerar como orientadores da interpretação de todo o texto da constituição. Neste tópico foram abarcados os direitos sociais, não havendo mais como questionar sua classificação como direitos fundamentais.

No parágrafo 2º do mesmo artigo, a Constituição faz uma abertura material do catálogo dos direitos fundamentais previstos na constituição. Desta forma, consideram-se direitos fundamentais: i) aqueles expressamente previstos como tal no texto constitucional; ii) aqueles que embora não sejam descritos como direitos fundamentais, estão expressamente previstos no ao longo do texto constitucional bem como em tratados e convenções internacionais; iii) os implícitos, não-escritos, mas decorrentes da interpretação sistemática da Constituição; e finalmente, iv) não escritos, mas que decorrem do sistema de princípios adotado pela Constituição (SARLET, 2012).

Quanto à importância entre todos os direitos fundamentais, merece destaque o princípio da dignidade humana, insculpido no inciso III, do artigo 1º, como fundamento da República Federativa do Brasil.

Tamanha é sua importância que a doutrina majoritária lhe considera como fonte dos direitos fundamentais. Desta forma, somente se considera direito fundamental, aquele cujo conteúdo visa a preservação da dignidade humana.

Neste aspecto, Paulo Gustavo Gonet Branco (2002) interpreta que os direitos fundamentais em sentido material são pretensões que surgem em determinados momentos históricos que passam a ser consideradas como pressupostos para o alcance da dignidade humana.

Assim sugere-se que os direitos fundamentais estão voltados à efetivação de medidas para a implementação da dignidade da pessoa humana. Estabelecem as condições mínimas e essenciais no sistema jurídico positivado para a promoção da existência humana digna (SARLET, 2010).

Os direitos fundamentais são classificados pela maioria da doutrina em três distintas gerações que surgiram cronologicamente conforme o desenvolvimento social da civilização. A primeira geração de direitos fundamentais abrange aqueles chamados de direitos à liberdade, são garantias individuais que limitam a interferência do Estado no âmbito particular dos indivíduos, abrangendo os direitos políticos e civis, entre eles o direito de propriedade.

A segunda geração de direitos fundamentais vincula-se àqueles que exigem uma demanda positiva do Estado na busca pelo equilíbrio social e pela igualdade. São os direitos sociais, que garantem prestações de forma efetiva e material aos cidadãos a fim de lhe garantir uma vida digna. Entre estes é que se localiza o direito à moradia.

Já, a terceira geração de direitos fundamentais abrange direitos relativos à fraternidade e à solidariedade como o meio ambiente, a autodeterminação dos povos, a paz, entre outros. Ainda existem a quarta e a quinta gerações que não são uníssonas na doutrina, as quais não nos cabe aqui evidenciar.

Feitos estes breves apontamentos em relação aos direitos fundamentais passaremos a seguir ao estudo dos dois direitos fundamentais objeto deste trabalho, respectivamente o direito à propriedade, direito fundamental de primeira geração, e o direito à moradia, direito fundamental de segunda geração.

### **3 O DIREITO DE PROPRIEDADE**

O termo propriedade originou-se da palavra latina “*proprietas*”, que por sua vez deriva de “*proprius*”, que indica que algo pertence a alguém. Há quem defenda uma origem diversa, na palavra latina “*domare*” que significa dominar, indicando o uso a palavra domínio como sinônimo de propriedade (MONTEIRO, 2009).

Neste ponto, ressalta-se que a propriedade é uma relação jurídica de apropriação de um bem tangível ou intangível. No Brasil, o legislador civilista, buscando conceituar o direito de propriedade, tomou como fundamento a delimitação dos poderes do proprietário, ou seja, usar, gozar e fruir do bem que lhe pertence.

Para Maria Helena Diniz (2013), o direito de propriedade consubstancia-se no poder que a pessoa natural ou jurídica tem de usar, gozar, dispor e reaver da coisa. Já, com um conceito mais coletivista, Clóvis Beviláqua (2003) conceitua que propriedade é um poder assegurado pela sociedade para utilizar bens da vida.

Como verificado acima, o Código Civil Brasileiro não definiu o direito de propriedade, mas tão somente o seu conteúdo, pelo que lhe conferiu outros atributos a fim de transmitir o seu alcance e intensidade.

Conforme Maria Helena Diniz (2013), a propriedade é o direito que reúne num único conceito todos os demais direitos reais limitados, como os de gozo ou fruição, de garantia ou de aquisição.

Considerada como um conceito histórico, a propriedade faz parte da própria natureza do homem independentemente das correntes ideológicas e doutrinárias que se adotem para analisá-la. Segundo seu contexto histórico, tem-se que a percepção de propriedade surgiu em relação a bens móveis como animais abatidos em caça ou vegetais colhidos, assim como utensílios de trabalho e defesa (VENOSA, 2004).

Assim, até a propriedade até ser considerada um direito complexo da forma como é na atualidade, passou por diversas transformações conceituais influenciadas pelas organizações políticas dos Estados, desde as civilizações mais antigas.

### 3.1 A EVOLUÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Como dito, o significado de propriedade sofreu modificações em cada período da história e a cada organização política estatal a que esteve submetido.

As origens da propriedade são anteriores ao direito, e, como já mencionado, faz parte da própria natureza do homem. Foi nos objetos utilizados para caça, coleta e defesa que se manifestaram os primeiros sentimentos de posse e propriedade, ou seja, sobre aquilo que era necessário à sobrevivência. Um sentimento que é observável mesmo nos animais (MONTEIRO, 2009)

Com a evolução cultural, o homem começou a fixar-se à terra com a invenção da agricultura e da domesticação de animais, o que originou as primeiras aldeias. Assim, reforçaram-se a percepção de apropriação das coisas (ORRUTEA, 1998).

Mesmo com o surgimento das primeiras comunidades, no início ainda não se considerava a terra como objeto de propriedade individual, mas sim de toda uma coletividade que dela dependia para seu

sustento, considerando-se uma espécie de primórdios da função social da propriedade (VENOSA, 2004).

Ressalta-se que essa relação dos aldeões com a terra não dispunha de juridicidade, sendo uma relação estritamente de fato, o que nos dias de hoje corresponde mais à posse que à propriedade.

De forma extremamente sucinta, sem adentrar nas searas doutrinárias e jurisprudências, pode-se conceituar a posse como uma relação de fato, exercida por um sujeito, proprietário ou não, sobre um bem, conservando-o e protegendo-o de forma manifesta. Já no Código Civil Brasileiro a posse é considerada o exercício de fato, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade (GONÇALVES, 2013).

Constata-se, desta forma, que a propriedade e a posse compartilham de um mesmo componente, ou seja, a sujeição da coisa à exteriorização da vontade do indivíduo. Sobre a posse funda-se o direito de propriedade, assim como da manifestação dos demais direitos reais, como habitação, superfície, usufruto, etc.

A posse difere da propriedade, pois esta abrange o desempenho de todos os demais direitos reais, enquanto a posse efetiva-se pela mera aparência de propriedade caracterizada pela supressão de um ou mais poderes-direitos decorrentes da propriedade (VENOSA, 2004).

Feitas estas breves considerações relativas à posse, necessita-se dizer que os atributos jurídicos do direito de propriedade tiveram suas origens no direito romano. Ainda assim, no início da construção de sua cultura, os romanos organizados em comunidades gentílicas, consideravam que a terra era de propriedade coletiva, pertencendo à cidade ou às *gens*. Assim, cada membro da comunidade possuía uma porção delimitada da terra, sendo alienáveis somente as coisas móveis dela decorrentes (DINIZ, 2013).

Com a evolução da sociedade para uma hegemonia patriarcal em que o chefe de família passou a exercer o poder, a propriedade,

concomitantemente, passa a ser considerada individual e absoluta. Essa ideia de propriedade privada e absoluta foi corroborada pela religião, que determinava que a família fixasse um altar ao solo e não mais o removesse, devendo a família permanecer ali por toda sua existência, transmitindo a propriedade daquele local para as gerações futuras (ORRUTEA, 1998).

Na era medieval, com a finalidade de efetivação dos interesses feudais, pode-se dizer que houve uma modernização do instituto, particionando a propriedade em domínio útil e domínio direto. O domínio direto pertencia ao Senhor Feudal, que concedia o domínio útil a um Vassalo que se utilizava da terra para produzir, retirando o suficiente para seu sustento, sendo que a fração maior da produção era destinada ao Senhor Feudal. Desta forma, a disposição da terra cabia unicamente ao Senhor Feudal e à igreja, titulares do domínio direto, sendo transmitidos direitos de uso ao servo (GONÇALVES, 2013).

A partir do século XVIII, após a Revolução Francesa, com a ascensão da Burguesia à hegemonia econômica e política, suas convicções liberais deram outro significado à propriedade, passando a ser considerado um direito exclusivo e absoluto.

A própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, redigida durante a Revolução Francesa elencou como um dos direitos natos do homem a propriedade privada, considerando-a impassível de violação ou privação, salvo por necessidade pública diante da proporcional e antecedente indenização.

Acompanhando a mesma linha, o Código Civil Napoleônico, reconheceu a propriedade como o “direito de usar e dispor da coisa da maneira mais absoluta”. Assim se dava o estágio embrionário do capitalismo que elevava ao máximo o individualismo sem haver qualquer mitigação do direito à propriedade que de alguma forma pudesse beneficiar a coletividade.

Com o surgimento dos movimentos de cunho socialista, passa-se admitir certa flexibilização do conceito absoluto de propriedade que prevalece até hoje nos ordenamentos jurídicos dos Estados Liberais Sociais, que admitem o sopesamento entre o liberalismo e o socialismo. Desta forma, passa a surgir a função social da propriedade particular, com a finalidade de lhe atribuir um préstimo social em favor da coletividade, sem que deixe de servir aos interesses privados do proprietário, determinando limites ao uso das coisas com fundamento na dignidade da pessoa humana (ORRUTEA, 1998).

Ressalta-se que esta relativização do conceito de propriedade somente foi possível a partir do estabelecimento do Estado Social de Direito, que buscando a efetivação dos diversos direitos fundamentais, instaurou um regime de maior intervenção na ordem econômica visando reduzir as desigualdades e garantir uma vida digna a todos.

Isso não quer dizer a função social da propriedade tenha um viés socialista. Na verdade, o comando exarado pela função social da propriedade incentiva a produção e geração de riquezas pelo proprietário, assim pode-se dizer que, de certa forma, incentiva o capitalismo; mantém os atributos de exclusividade e livre transmissibilidade. Desta forma, o direito de propriedade somente estará em risco quando não utilizada, subutilizada ou ainda quando utilizada para causar danos. Isto porque não há como afastar o direito de propriedade, essencial para a manutenção do regime democrático (GOMES, 2007).

No mesmo passo o direito à propriedade privada também fora reconhecido no artigo 17, da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, como sendo um direito acessível a todo o ser humano independente de classe assim como os próprios direitos de personalidade.

No que concerne à propriedade e sua função social no ordenamento pátrio, veremos de forma sucinta, a seguir, como se deu seu processo de reconhecimento e construção.

### 3.2 PROPRIEDADE PRIVADA E A SUA FUNÇÃO SOCIAL NO BRASIL

Os textos constitucionais brasileiros há algum tempo expressam a preocupação com a função social da propriedade. Esta função está assentada sobre o princípio da dignidade humana, norteador de todos os outros princípios insculpidos na Constituição Federal, e esta, por sua vez, condiciona todo o sistema jurídico nacional, que conseqüentemente vincula-se como um todo ao princípio da dignidade humana.

No Brasil o conceito de propriedade foi construído antes de vigorar o Código Civil de 1916, e é ainda mantido nos dias atuais. No entanto, diante dos vários textos constitucionais que vigoraram desde lá, o conceito adquiriu significados diferentes.

A propriedade, mesmo durante a vigência do Código Civil de 1916, não era considerada como sendo um direito absoluto, posto que todo direito considerado como absoluto se constitui em seu próprio desprezo, pois vez ou outra transmuta-se em abuso de direito.

A função social foi expressamente prevista no ordenamento brasileiro, pela primeira vez, no texto da Constituição de 1947, que condicionava a utilização da propriedade ao bem-estar social e permitindo a desapropriação por interesse, necessidade ou ainda por utilidade pública, mediante indenização (TEPEDINO, 2002 apud FACCHINI, 2014).

Da mesma maneira a Constituição seguinte, em 1967, determinou a função social da propriedade como fundamento da ordem econômica e social, protegendo igualmente a propriedade privada, exceto em relação às desapropriações (TEPEDINO, 2002 apud FACCHINI, 2014).

Por fim a Constituição de 1988, condutora do restabelecimento da Democracia no Brasil, convencionou novas diretrizes relacionadas ao direito de propriedade.

O direito de propriedade garantido pelo inciso XXII, do artigo 5º, do texto da atual Constituição, refere-se à propriedade particular e

exclusiva, derivada do direito de liberdade com origem nos ideais liberais burgueses da Revolução Francesa. Enquanto o inciso XXIII, do mesmo artigo, determina que a garantia do direito de propriedade fica sujeita à vinculação ao bem-estar social, ou seja, visa ao atendimento dos interesses da sociedade sem descuidar dos interesses particulares do proprietário.

Na atual Constituição o princípio da função social da propriedade é citado em oito expedientes distintos, arts. 5º, XXIII (rol dos direitos individuais); 156, § 1º, (IPTU progressivo); 170, II (princípio geral da atividade econômica); 182, caput e § 20 (política urbana); 184, caput; 185, parágrafo único (desapropriação) e 185 (propriedade rural).”

Assim acrescenta-se que em razão da função social, o exercício do direito de propriedade, deve realizar-se de acordo com os princípios que regem a ordem econômica, estabelecidos na Constituição (art. 170), que tem como finalidade a vida digna para as pessoas sob os parâmetros da justiça social, e também com aqueles destinados à salvaguarda do meio-ambiente, também estabelecidos na Constituição (art. 225).

Assim, nos incisos II e III, do artigo 170, a constituição estabeleceu como princípios da ordem econômica, a propriedade privada e a sua função social, o que acarreta o entendimento doutrinário de que a propriedade tutelada pelo estado cinge-se apenas àquela que atende aos preceitos da função social.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]  
II - propriedade privada;  
III - função social da propriedade;

Entre estas e outras limitações, a de maior gravidade imposta ao direito de propriedade devido à sua função social é a desapropriação, inscrita na Constituição (art. 5º, XXIV), tendo por causas justificantes a utilidade pública, a necessidade pública e o interesse social, que não são

mais que representações da própria função social da propriedade, visando o atendimento do interesse coletivo.

Neste sentido que a nova redação dada ao Código Civil de 2002, permeado pelos princípios constitucionais, busca coibir os abusos relativos ao direito de propriedade, conforme consta nos parágrafos 1º e 2º, de seu artigo 1.228:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

No trecho acima se demonstram princípios que ao largo se distam do privatismo, com vistas a obstar o abuso do direito de propriedade assim como induzir sua utilização voltada ao bem-estar social.

Alias, é na legislação infraconstitucional, mais claramente no artigo 1228 do Código Civil de 2002, que se expõe o conteúdo do direito de propriedade, constituído pelos poderes de usar, gozar, dispor e reaver o bem.

Conforme Silvio Venosa (2004), o poder de gozar consiste na obtenção de proveitos decorrentes da coisa. Também se pode referir ao verbo “fruir”, que significa a possibilidade colher os frutos naturais e civis decorrentes da coisa.

Quanto ao poder de dispor, este abrange as possibilidades de alterar a substância, consumindo, alienando, gravando ou mesmo destruindo a coisa. Esse é o poder que diferencia o proprietário pleno do titular de simples direito real sobre coisa alheia (VENOSA, 2004).

Silvio Venosa (2004) explica que o poder de usar trata-se da possibilidade de colocar a coisa a serviço do proprietário sem que sua

substância seja alterada. Exemplifica-se com o fato do proprietário residir ou deixar que alguém resida em seu imóvel. No entanto, o autor considera que o poder de usar a coisa também abrange condutas inertes, simplesmente por conservar a coisa, por exemplo, o fato de cercar um terreno sem qualquer utilização física.

Maria Helena Diniz (2013) mantém o mesmo conceito no que diz respeito a utilizar da coisa sem que sua substância seja alterada. Já Carlos Roberto Gonçalves (2013) acrescenta que o poder de utilizar da coisa deve estar vinculado ao respeito de sua função social.

Neste caminho, o texto infraconstitucional (art 1228, § 1º, CC/02) coaduna-se com a constituição ao estabelecer que o direito de propriedade deve ser exercido não só conforme as finalidades econômicas, mas também sociais, elevando a função social a um patamar de fim a ser alcançado pelo direito de propriedade, além de ser considerada a principal mitigação a este direito (TARTUCE, 2014).

Da mesma forma, Orlando Gomes (2007) observa a propriedade no Estado Democrático de Direito não pode ser exercida como absoluta subordinada ao livre e ilimitado arbítrio de proprietário, devendo ser submetido a uma ponderação de valores. Assim, a função social da propriedade consubstancia-se numa mitigação que condiciona o exercício da propriedade como um direito absoluto, abrangendo dentre outros deveres, a observância da ordem econômica, social, do meio ambiente saudável e do patrimônio histórico e cultural.

No que diz respeito especificamente à função social da propriedade urbana, a Constituição de 1988, em seu artigo 182, inovou ao mencionar as condições a serem atendidas para efetivação da função social da propriedade. Essas condições consistem no atendimento aos requisitos mínimos exarados no plano diretor das cidades, considerado como expediente essencial para os municípios com mais de 20 mil habitantes

promoverem o incremento das funções sociais das cidades, de forma a garantir a dignidade de seus habitantes.

Com a finalidade de regulamentar estes comandos constitucionais, editou-se a Lei 10.257/2001, ou Estatuto das Cidades que traçou diretrizes para o ordenamento urbano e incremento das funções sociais da cidade, garantindo, entre outros, o direito à moradia, ao meio-ambiente equilibrado e democratização do solo urbano.

Assim, nosso ordenamento além de proteger o direito de propriedade urbana como um direito do proprietário sobre a coisa e oponível a terceiros, garante que a coletividade, como sujeito passivo, acesse os proveitos sociais que são gerados pelo bem.

Como visto, a propriedade não é absoluta, é um direito fundamental nem mais, nem menos importantes que os demais, portanto é passível de ponderação e assim como os demais direitos fundamentais, deve ser exercida dentro dos limites estabelecidos pelo bem social.

Desta forma, considerando que a Constituição protege o direito à propriedade, mas condiciona o seu exercício ao adimplemento da função social, pode-se afirmar que a noção da propriedade como direito absoluto e incondicionado foi abandonada, evoluindo para um conceito permeado pela solidariedade social e pela dignidade humana fomentado pelo Estado.

Diante disso, José Afonso da Silva (2009) observa que houve uma alteração no interior da concepção de propriedade, passando a função social a ser um princípio que integra o próprio conceito do direito de propriedade além de um requisito de validação e proteção.

Com o mesmo parâmetro, diz-se que a função social pode ser confundida com o próprio direito de propriedade, pois esta sempre deverá servir aos interesses coletivos, submetendo-se à uma destinação proveitosa e dinâmica. Desta forma, a propriedade exigida pela constituição não reduz em nada os direitos do proprietário sobre a coisa, pelo contrário, exige dele o dever de exercer esses direitos, respeitando certos limites (TARTUCE, 2014).

## 4 O DIREITO DE MORADIA

Como visto, o direito de moradia, é considerado como direito fundamental de segunda geração, pelo que demanda do Estado uma atuação positiva em relação aos particulares em favor à promoção da igualdade social.

O direito à moradia, mesmo que não expressamente, encontra origens anteriores ao atual texto constitucional, o que pode ser verificado pela previsão expressa do bem de família e do direito real de habitação respectivamente nos artigos 70 e 1.611, § 2º, ambos do Código Civil de 1.916, pois os dois institutos demonstram a importância da moradia para os particulares.

A primeira constituição a demonstrar alguma preocupação com o local de habitação dos indivíduos foi a Constituição de 1891, que determinou a inviolabilidade do lar, salvo no caso de autorização do morador (PANSIERI, 2008).

Em sua forma expressa, nem mesmo o texto original da Constituição Federal de 1988, previu o direito à moradia, apesar de se poder extraí-lo de outros artigos do texto constitucional original, entre eles, cita-se abaixo o artigo 7º, IV; artigo 23, IX, e o artigo 183, todos da CF/88 (NOVELINO, 2012):

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família *com moradia*, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que 1 h e preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

[...]

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das *condições habitacionais* e de saneamento básico;

[...]

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

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

Assim, apesar do seu reconhecimento como tal, a moradia somente foi incluída no rol dos direitos fundamentais sociais por meio da 26ª Emenda à Constituição, publicada em 14 de fevereiro de 2000, que alterou o 6º artigo constitucional, passando a vigorar da seguinte forma: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

O conceito de direito à moradia diz respeito ao local apto ao abrigo do indivíduo e por ele ocupado para finalidade de nele residir, ou seja, não se equipara ao direito de ter a propriedade sobre um imóvel, mas sim à proteção que é garantida permanentemente ao indivíduo e a sua família.

Pansieri (2008) dá a definição que direito à moradia trata-se do direito do indivíduo permanecer em um local de forma contínua e nele ter à sua disponibilidade os atributos que o tornam uma moradia, como parte de sua existência digna.

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, define a moradia como: “O local onde o indivíduo possa asilar-se com espaço adequado, segurança, iluminação, ventilação, infraestrutura básica, uma situação adequada em relação ao trabalho e o acesso aos serviços básicos, todos a um custo razoável.” (PANSIERI, 2008).

Ingo Sarlet (2010) define o direito a moradia como um grupamento de direitos e garantias relacionados à dignidade humana, incluindo o fomento e à proteção ao direito de moradia, o direito de habitar e de manter-se no local habitado e ainda, higiene, conforto, saneamento, iluminação, lazer, privacidade e intimidade dos habitantes.

Assim, considera-se a moradia como sendo um direito social, que tem um viés positivo por parte do Estado, deve ser por este implantado de forma gradual, buscando a efetivação da justiça social, ponderando os excessos decorrentes da manutenção da propriedade sem uso pela iniciativa privada e da autonomia da vontade em benefício do interesse coletivo.

#### 4.1 MORADIA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ressalta-se que apesar do texto constitucional não expressar o conceito “moradia digna”, não há como se interpretar de forma diversa, pois todo direito fundamental constante na Constituição possui relação de suporte para efetivação do princípio da dignidade humana (MORAES, 2007).

A dignidade humana é um valor moral integrante do próprio conceito de “ser humano” que se manifesta pela conduta independente e consciente da pessoa em sociedade no anseio de obter o respeito e aceitação por parte de seus semelhantes, alicerçado sobre um conjunto mínimo de bens jurídicos assegurado por todo ordenamento jurídico, que somente de forma excepcional pode ser mitigado minimamente, mantendo a necessária estima (MORAES, 2007).

Isto significa que o direito à moradia acarreta uma gama de outros elementos a serem observados vinculados à busca pela efetivação da dignidade humana. Entretanto, como já mencionado, existem interpretações que estabelecem limites ao direito de moradia que chegam a fomentar a omissão total a este direito protegido constitucionalmente.

Esta omissão corresponderia a uma violação não só do texto constitucional, mas também da legislação esparsa, de tratados, acordos e declarações internacionais, assim como de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico sob a égide do princípio da dignidade humana.

Acentua-se que a busca pela efetivação da dignidade humana como fundamento do Estado Democrático e Social de Direito, deve

corporificar-se em todo o sistema jurídico como razão da própria existência do Estado, que deve ter por objetivo oportunizar a existência digna de toda sua população.

Neste sentido, Uadi Lammêgo Bulos (2003) ressalta que a dignidade da pessoa humana não é algo novo, criado pelo constituinte de 1988, mas que foi recepcionado por esta Constituição como princípio vinculante e de observância geral e obrigatória como viés de interpretação de todo ordenamento jurídico, incluindo o próprio texto constitucional, atuando como âmago dos direitos fundamentais e tendo por objetivo a integridade, igualdade, liberdade de todos os indivíduos (BULOS, 2003).

Assim, repisa-se que o direito à moradia somente é satisfeito com a devida observância do princípio da dignidade humana, pelo que se acrescenta uma série de outros atributos a serem satisfeitos que vão além da simples obtenção de um abrigo, ou seja, a higiene, saneamento, conforto, rede elétrica, acessibilidade, transportes, entre outros (SARLET, 2010).

Diga-se que a previsão do princípio da dignidade humana como fundamento da República, ressalta o fato de que a pessoa não pode ser considerada como mera representação do sistema jurídico, mas sim como seu desígnio maior na vinculação com o Estado, fazendo pressupor as premências mais inequívocas como o direito à moradia.

## 4.2 DIMENSÕES DO DIREITO À MORADIA

Os direitos fundamentais de primeira geração, também conhecidos por direitos de defesa não dependem de regulação infraconstitucional para que se lhe especifique o conteúdo, tampouco de dispêndios orçamentários para que gerem eficácia social.

Entretanto, os direitos de segunda geração, ou direitos prestacionais, considerados como normas programáticas, sujeitam-se

tanto à regulação legislativa quanto a dotações orçamentárias para que sejam visualizados seus efeitos na sociedade.

Apesar desta diferença, de regra, os direitos fundamentais não se limitam a apenas uma destas funções, defensiva ou prestacional, abrangendo a ambas. No entanto, sua classificação é feita pela função predominante. Como exemplo podemos citar os investimentos ou prestações estatais em segurança e saúde pública a fim de manter os direitos vida e à integridade física, direitos típicos de primeira geração. Da mesma forma os direitos prestacionais acolhem um viés defensivo, o que não é diferente com o direito à moradia (SARLET, 2010).

Assim, o direito à moradia possui duas concepções, uma negativa ou defensiva e outra positiva ou prestacional.

Quanto à concepção negativa do direito à moradia, esta visa garantir a proteção necessária contra a ingerência do estado e demais particulares neste direito.

Conforme Ingo Sarlet (2012), a função defensiva do direito à moradia indica que este deve ter a devida proteção em caso de interferências ilegítimas. Por esse motivo, remoções arbitrárias não são consideradas como interferências legítimas, pois contrariam o dever de não violar o direito à moradia, mormente quando há melhores alternativas a serem utilizadas, podendo tais medidas violadoras serem impugnadas em juízo.

Já, em relação à dimensão positiva, a discussão mais intensa diz respeito ao fato da possibilidade do titular do direito à moradia, fundamentando-se neste direito, demandar dos poderes públicos a efetivação da prestação que lhe assegure a moradia consonante à existência digna. Neste passo, tomando em consideração que o direito à moradia é classificado como norma programática, considera-se necessária a intervenção legislativa e a elaboração de programas públicos de habitação, ou seja, respectivamente exige-se a disponibilidade jurídica e disponibilidade fática para efetivação da norma programática (SARLET, 2012).

Para que se entenda as disponibilidades fática e jurídica, necessário se faz que se discorra a respeito dos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial.

O princípio da reserva do possível, na visão de Ingo Sarlet (2012), dispõe-se em três componentes: 1) disponibilidade jurídica; 2) disponibilidade fática; e, 3) proporcionalidade e razoabilidade da prestação.

Em relação à disponibilidade fática, Ingo Sarlet (2012), acentua que a quantidade limitada de recursos financeiros e materiais subordina proporcionalmente a efetivação das demandas de cunho positivo instituídas pelos direitos sociais, à quantidade de recursos disponíveis ao poder público.

Nesse sentido, Daniel Sarmento (2009), acrescenta que a reserva do financeiramente possível, ou reserva de consistência, considerando sua disponibilidade fática, não pode ser visualizada sem que se considere a possibilidade de uma proporcional distribuição da prestação em relação aos recursos existentes. Ou seja, não se pode exigir que o Estado cumpra uma prestação positiva se não for possível a este oportunizar a mesma prestação aos demais indivíduos que se apresentem em igual situação, em atenção ao princípio da isonomia.

Já, no que concerne à disponibilidade jurídica, esta diz respeito à necessidade de autorização legislativa para arcar com os dispêndios decorrentes de demandas judiciais pela efetivação de prestações positivas. Assim, observar-se-á a legislação específica que estabelece o orçamento do Estado, considerando a receita tributária e a repartição dos recursos disponíveis para o atendimento de todas as demandas estatais' (SARLET, 2010).

Em relação ao mínimo existencial, este se consubstancia num agrupamento de direitos sociais básicos considerados indispensáveis para a existência com dignidade.

Assim a concepção positiva do direito à moradia não significa de forma imprescindível que seja acompanhado do direito à propriedade imobiliária. Em razão da insuficiência de recursos, ou seja, da reserva de

consistência, não há como conceder a todos à moradia em seu melhor patamar, ou seja, acompanha da propriedade do imóvel. A essência desse direito em sua concepção positiva está no direito subjetivo oponível ao Estado, de dispor de um mínimo existencial no que se refere a um locus para abrigar-se das intempéries, com os recursos para higiene pessoal, entre outros atributos (NOVELINO, 2012).

Desta forma, Ingo Sarlet (2012) ressalta que existem outras formas de o Estado promover materialmente o acesso à moradia por meio de alternativas que não a concessão da propriedade imobiliária. Neste âmbito existem diversas previsões legislativas em que o direito a moradia poderá ser materializado por meio de demandas judiciais, inclusive como meio de obtenção da propriedade. Alguns exemplos serão a seguir demonstrados.

O primeiro exemplo que podemos citar está na concessão de uso para fins de moradia, regulado pela MP 2.220/01, pela qual considera-se que o possuidor de imóvel público que atenda aos requisitos pré-definidos titulariza um direito oponível ao Estado.

Um segundo exemplo está na intervenção estatal para concessão de crédito e financiamentos em linhas especiais para pessoas de baixa renda, para a finalidade específica de aquisição ou construção de imóvel com finalidade de moradia (SARLET, 2012).

Não diferentemente, a usucapião especial urbana, que entre outros, revela como um dos requisitos para sua constituição e aquisição da propriedade, a utilização do imóvel com finalidade de moradia. Lembrando que essa modalidade de usucapião tem previsão no art. 183da CF/88, no art. 1240 do CC e no art. 9º do Estatuto das cidades, sempre exigindo a moradia como requisito para obtenção da propriedade (SARLET, 2012).

Apesar das concepções positiva e negativa, ora expostas, o que de veras pode-se observar é que o texto constitucional e tampouco a lei estabeleceram o conteúdo e o alcance do direito à moradia, o que faz

com que parte da doutrina ainda afirme que se trata de uma simples norma programática que não apresenta eficácia social. Não obstante, como vimos, é possível que se extraia do ordenamento jurídico, diante de uma interpretação sistemática, o conteúdo e alcance do direito à moradia digna, o que é de suma importância para solução dos conflitos com o direito de propriedade.

## **5 COLISÃO ENTRE DIREITO À MORADIA E DIREITO DE PROPRIEDADE URBANA**

Neste capítulo examinaremos a possível colisão existente entre os direitos fundamentais à moradia e de propriedade. Este eventual conflito pode gerar uma série de dúvidas, exigindo, portanto, do Estado e dos aplicadores do direito uma resolução adequada a estas questões. Assim torna-se necessária a adequação da aplicação de cada um dos direitos em conflito através da solução mais compatível com o princípio da dignidade humana, ainda que necessário mitigar ou flexibilizar qualquer um deles para que se harmonizem.

Em observação à legislação pátria, mormente no que se refere à Constituição Federal e ao Estatuto das Cidades, a fim de se estabelecer uma relação harmônica entre os princípios em choque, verificou-se que o Estado com a responsabilidade pela tutela de ambos os princípios, tem por dever empreender projetos de organização e melhoramento das cidades, desta forma, garantindo aos cidadãos a ampliação de seus direitos e liberdades sociais.

Assim, com o objetivo de dar efetividade ao direito de moradia e até solucionar tais conflitos, a lei previu a função social da propriedade imobiliária, tutelando o emprego apropriado do imóvel urbano.

Não são poucas as colisões que ocorrem entre os direitos fundamentais, não diversamente do que ocorre entre os direitos

de propriedade e de moradia. Sabe-se que em relação aos direitos fundamentais, como regra nenhum deles pode prevalecer fulminando os efeitos do outro, havendo a necessidade de ponderar entre eles para que ambos sejam mantidos.

Para solução dessas colisões, há de se resgatar que o direito de moradia concerne à possibilidade da pessoa manter-se em um abrigo por tempo suficiente a configurá-lo como sua residência, de forma segura e apropriada (higiene, acessibilidade, conforto, etc.), assegurando-lhe a dignidade humana. E ainda, que o direito à moradia não abrange o direito de propriedade, pois são direitos distintos que independem um do outro. Por exemplo, vislumbra-se o direito à moradia em uma locação residencial independentemente do direito de propriedade. De outra forma, observa-se o direito de propriedade isoladamente da moradia quando o imóvel se destina para fins comerciais, fatos que serão de relevante observação nos capítulos a seguir.

## 5.1 ASSERTÇÕES PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Como dito, a colisão entre direitos fundamentais, por serem estes considerados princípios dirigentes de todo o sistema jurídico, deve ser solucionada pelo método de ponderação entre normas princípio, não podendo se invocar a prevalência absoluta de um sobre o outro.

Neste sentido e no entender de Robert Alexy (2015), os princípios, como normas jurídicas se diferenciam das regras por serem passíveis de ponderação, sendo verdadeiros mandados de otimização, determinando que algo seja realizado sob sua égide na maior medida possível, enquanto as regras são do tipo “tudo ou nada”, são mandados definitivos, cujos conflitos são resolvidos por meio de subsunção.

Assim, após diferenciar regras de princípios de diversas formas, Robert Alexy (2015) apresenta essa distinção nos seguintes termos:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que 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. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que 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.

Assim, os casos de colisões de princípios, Robert Alexy solucionados por meio da ponderação, atribuindo pesos aos princípios colidentes, obtendo-se a preponderância de um sobre o outro, de acordo como o fato analisado, não havendo que se falar em invalidade de norma jurídica.

Enquanto que no caso de conflito de regras, conforme o autor, o legislador resolveria a colisão pela anexação de uma cláusula de exceção ou invalidando uma das regras (ALEXY, 2015).

Em outras palavras, um conflito entre os direitos fundamentais, assim considerados como normas-princípio, não é resolvido com a simples subsunção do fato à norma, ou pelas regras aplicáveis aos conflitos aparentes de normas, como especialidade ou cronologia, pois os princípios têm exatamente o mesmo valor, mas que variará quando aplicado ao caso concreto.

Assim os princípios portam uma alta flexibilidade, pois o juiz ao utilizá-los pode fazer dilações interpretativas até moldá-los ao caso concreto por apresentarem baixa densidade normativa ao contrário das regras. Em razão disso, os princípios também estão abertos a um polimorfismo semântico que se autodesenvolve de acordo como o desenvolvimento da própria sociedade e do direito, sem que seja necessária

sua alteração, adaptação ou mesmo revogação textual, ao contrário do que ocorre com as regras.

Ressalta-se que a solução para uma colisão de direitos fundamentais deve apresentar-se harmônica e compatível com o sistema jurídico-constitucional, além de sustentável no aspecto social e com isso gerar consenso. Isto pois, o julgador moderno deve se preocupar não apenas com a lei, mas com as consequenciais sociais de sua decisão (FACCHINI NETO, 2006).

Neste ponto, considerando os conflitos entre os direitos fundamentais de propriedade e de moradia, é necessário dizer que nos casos de ações possessórias ou reivindicatórias dos imóveis, a jurisprudência vem se firmando em novas soluções capazes de equilibrar os princípios em conflito. O STJ, já tem reconhecido até mesmo a desapropriação indireta de imóvel particular irregularmente ocupado por uma comunidade, considerando como dever do Poder Público indenizar o proprietário, assim como fornecer a infraestrutura necessária aos invasores, em razão da sua omissão diante da fiscalização tanto no que diz respeito à função social do imóvel quanto à ocupação irregular (STJ, REsp 235773/RJ, Rel. Min. José Delgado, j.14.12.99, D.J. 27.03.00).

Como já mencionado, um eventual conflito entre os direitos fundamentais, como no caso dos direitos de moradia e de propriedade, pode ser solucionado por meio da técnica de ponderação de Robert Alexy (2015) chamada de máxima proporcionalidade o que ocorre em três etapas: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade. A adequação e a necessidade vão esclarecer as possibilidades materiais; enquanto a proporcionalidade mostra as possibilidades jurídicas do conflito, o que também recebe o nome de sopesamento ou ponderação. Assim Alexy (2015), afirma que quanto maior a medida de insatisfação de um princípio, tanto maior deverá ser a importância da satisfação do outro, o resultado da ponderação será a norma de direito fundamental a ser aplicada no caso concreto.

No entanto, a resolução do conflito deixa de ser tão complexa quando se verifica que o atual conceito de direito de propriedade internaliza a função social como fundamento que lhe compõe. Desta forma, a propriedade que não cumpre com sua função social perde o título que lhe justifica, perdendo a proteção jurídica em casos concretos de colisões, privilegiando a utilização do bem que lhe confere função social ainda que desprovida de título (TEPEDINO; SCHREIBER, 2002 apud FACCHINI, 2014).

Isso porque, conforme o que se entende pelo conceito de propriedade hoje, o que realmente prepondera é a utilidade que lhe é dada, não mais a simples titularidade ou qualquer direito subjetivo que justifique sua origem. Ou seja, não se trata de um verdadeiro caso de ponderação entre direitos fundamentais em conflito, posto que ao não cumprir com sua função social, a propriedade perde sua tutela jurídica garantida pelo ordenamento (FACCHINI NETO, 2006).

Assim, conforme Gustavo Tepedino (2002 apud FACCHINI, 2014), deixa-se de atribuir a tutela jurisdicional à propriedade que não cumpra com a função social, pelo que se desenha um novo entendimento em que a propriedade não pode se desvincular da proteção de situações jurídicas não patrimoniais fundamentando-se nos valores constitucionais de maneira que sirva de garantia de abrigo, casa e refúgio do cidadão.

Desta forma, a possibilidade de o Poder Público dispor de moradias para aqueles que comprovem a inviabilidade de sua aquisição ganha novos parâmetros através das demandas possessórias.

## 5.2 RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE OS DIREITOS DE MORADIA E PROPRIEDADE PELO JUDICIÁRIO

As desapropriações judiciais, assim como as formas especiais de usucapião previstas na Constituição Federal, no Código Civil e no

Estatuto das Cidades são objeto de muitos conflitos judiciais que opõe o direito de propriedade e o direito de moradia um de encontro ao outro.

Washington de Barros Monteiro (2009), expressamente contrário aos institutos citados, opina no sentido de que se tratam de verdadeiros incentivos às invasões de imóveis, evidenciando verdadeira violação do direito de propriedade e acarretando imensuráveis prejuízos aos proprietários que nem sempre são devidamente indenizados, ou sequer são indenizados.

Apesar de haver certa lógica nos comentários do autor, a concretização dos institutos por via judicial de forma ponderada e razoável, seria uma inigualável ferramenta para promoção social. Portanto, o juiz deve buscar ponderar entre os direitos postos em colisão, atuando de forma a evitar também as violações ao direito de propriedade. É imprescindível que se aprecie os motivos da omissão quanto à função social do imóvel, que entre outros motivos, pode decorrer da justamente da escassez financeira do proprietário, que, de regra, é o mesmo motivo para se conceder os benefícios aos ocupantes irregulares (DINIZ, 2013).

Há dois casos bastante emblemáticos e de repercussão nacional que evidenciam a necessidade de concretização do instituto, com vistas ao pleno atendimento da função social da propriedade.

Um dos primeiros casos que obtiveram êxito no sentido de da efetivação judicial da função social da propriedade foi o caso da favela Pullman, localizada no Loteamento Vila Andrade, em Santo Amaro – SP. O loteamento foi constituído em 1955, e posteriormente abandonado. Os lotes foram invadidos por famílias que ali residiram por três décadas, até quem em 1985, os proprietários de alguns dos lotes impetraram ação reivindicatória contra os ocupantes a fim de retomar para si os imóveis.

Apesar de a ação ter sido julgada favoravelmente aos proprietários em primeira instância, os ocupantes apelaram ao TJ-SP, requerendo a declaração da usucapião especial urbana, que na época era prevista tão

somente na Constituição Federal, sem previsão no Código Civil de 1916 que vigorava na época. A decisão então proferida pelo Tribunal não atendeu aos argumentos expostos pelos ocupantes, mas mesmo assim lhes foi favorável, fundamentando-se no princípio da função social da propriedade e declarando o perecimento do direito de propriedade dos autores. No entanto, estes opuseram Recurso Especial perante o STJ, que confirmou o acórdão do TJ-SP, expondo que o direito de propriedade não é absoluto (R.E. 75.659 – SP (1995/0049519-8) Quarta Turma, julgado em 21/06/2005).

Desta forma, mesmo na vigência do Código Civil de 1916, que ainda não abrangia o atual viés social da propriedade, a decisão reconheceu o atributo social da propriedade com fundamento direto na Constituição Federal.

Assim, havendo uma colisão entre direito fundamental à moradia e direito fundamental de propriedade considerado meramente em seu viés patrimonial, não cumprindo sua função social, o direito fundamental à moradia indubitavelmente deve prevalecer. Do contrário, haverá decisão evidentemente inconstitucional, pois o direito à moradia está em maior consonância com a dignidade humana que o direito meramente patrimonial.

Esta situação fica mais facilmente visualizada diante de um caso prático. No Agrav. Inst., 70008103871, 9ª Câmara Cível, TJ-RS, Julgado em 12/05/2004, suspendeu-se a execução do contrato de financiamento que levaria o imóvel financiado à hasta pública, considerando como dano irreparável à família a dificuldade de alocação em uma nova e incerta moradia. Isso porque em ação ordinária paralela à execução discutia-se a legalidade nas regras utilizadas na correção dos valores das prestações contratuais, ou seja, um direito meramente patrimonial vinculado à propriedade resolúvel que o banco detém como meio de garantia. Neste caso fica bem claro que o direito que atendia à função social do imóvel era a o direito fundamental de moradia

e não o direito à propriedade que a financeira mantém sobre o imóvel como garantia do pagamento das prestações.

Em outro julgado, Agrav. Inst. 598360402, 19ª Câmara Cível, TJRS, Julgado em 06/10/1998, foi suspensa a liminar que determinava a reintegração de posse de um imóvel de grande extensão pertencente a uma empresa produtora de óleos vegetais. O relator fundamentou a decisão no direito à moradia como mínimo existencial das 600 famílias que ocupavam uma pequena fração do imóvel, considerando-a garantia de casa agasalho e refúgio do cidadão. Ressaltou ainda que apesar de produtiva a propriedade, esta descumpria sua função social diante dos débitos previdenciários da empresa que levaram à penhora do imóvel em favor do Instituto Nacional de Seguridade Social.

Para se visualizar com maior clareza, o quanto é contrária à dignidade humana uma decisão em sentido inverso ao que até agora fora defendido, invoca-se o caso da reintegração de posse do terreno ocupado por milhares de famílias, localizado no Bairro Pinheirinho, em São José dos Campos, SP, de propriedade do acervo da falida empresa Selecta, de propriedade do Naji Nahas.

O terreno abandonado começou a ser ocupado em meados de 2004, por centenas de famílias que ali passaram a residir. A massa falida propôs ação reivindicatória ainda no mesmo ano. Entre pedidos de liminares e suas anulações que chegaram ao STJ, decorreram 6 anos, período no qual a comunidade tornou-se um bairro urbanizado, com ruas, praças, casas e milhares de moradores. Em 2011, a 6ª Vara Cível de São José dos Campos, deferiu liminar para reintegração de posse, que apesar dos recursos, foi desde logo cumprida.

O cumprimento da determinação judicial de reintegração de posse gerou repulsa internacional. Um número aproximado de oito mil pessoas foi proibido de entrar em suas casas e salvar seus pertences pessoais.

Nesta decisão irrazoável e desproporcional, prevaleceu o direito subjetivo à propriedade sem considerar qualquer ponderação com sua função social como elemento integrador, tampouco o direito à moradia com o qual colidia, afinal fora aquela coletividade de ocupantes que fizeram florescer a função social daquele imóvel antes abandonado.

A pior das decisões foi dada ao caso, pois a solução mais adequada e de acordo com os valores insculpidos na Constituição Federal, seria a denegação da reintegração diante da própria omissão e morosidade dos poderes públicos.

Em sentido contrário ao que se apresenta nesta decisão, Diniz (2013) nos ensina que o direito é um poder-dever pelo qual se busca atingir a harmonia social e impedir que os conflitos e os delitos tomem o controle social, protegendo desta forma, os direitos e liberdades das pessoas.

No mesmo passo, Bobbio, (1992), afirma que tanto a propriedade quanto a moradia foram elevados ao patamar de direito fundamental, no entanto, é a propriedade e não a moradia, que deve cumprir com a sua função social, permitindo o acesso à moradia e a melhora das condições humanas e sociais.

Diante da infeliz decisão em relação a desocupação do Bairro Pinheirinho, o que podemos constatar é que, ao contrário do que nos ensina Diniz (2013), fomentou-se o desequilíbrio, o conflito e o descontrole social, diante da falta de ponderação e equalização dos direitos fundamentais à luz da Constituição Federal, tendo preponderado um simples título da propriedade sobre o imóvel que até então não desempenhava qualquer função social, representando um mero direito patrimonial.

Infelizmente impende concluir que, apesar de todo o demonstrado, o Estado brasileiro ainda venha convalidar certas situações de abuso de direito meramente patrimonial perpetradas em detrimento de direitos dos quais dependem a manutenção da dignidade humana.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como vimos, tanto o direito de propriedade quanto o direito à moradia sofreram evoluções conceituais não só durante a passagem do Estado Liberal para o Social, mas durante toda a evolução do ordenamento jurídico até hoje. Assim como os demais direitos fundamentais, estes passaram a ser interpretados e disciplinados à luz do princípio da dignidade humana, obtendo desta forma, uma série de atributos e requisitos que os tornaram muito mais amplos do que o simples conceito léxico, sempre com vistas a conformar-se ao direito da existência digna da pessoa.

A função social da propriedade como um mandamento constitucional informa a todo sistema jurídico que a propriedade deve ser utilizada não somente em seus fins patrimoniais, mas sim em prol do desenvolvimento social e humano. Isso não quer dizer que a propriedade deixa de ser privada ou ter fins patrimoniais, mas que deve ser utilizada para o fim a que se destina, ainda que seja maior geração de renda para o proprietário, mas que conseqüentemente gere empregos, serviços, produção, moradia, entre outros. Ou seja, é um direito que implica um dever jurídico.

Assim, conforme a melhor interpretação da Constituição e da Jurisprudência, a função social passou a fazer parte do próprio conceito de propriedade. Desta forma, desatendida a função social do imóvel, não estará se cumprindo com todos os requisitos para manutenção e garantia do direito de propriedade.

O direito à moradia, à luz do princípio da dignidade humana, se entende como “moradia digna”, abarcando atributos muito mais amplos que o de simples abrigo, como conforto, higiene, e tudo mais que represente a existência digna da pessoa.

O direito à moradia em sua dimensão positiva, ou seja, de se exigir do Estado a moradia digna, não pode ser completamente atendido pelo Estado

devido à escassez de recursos, mormente quando se considere que deva ser atendido de forma igualitária a todos que se encontrem em iguais situações.

Diante do exposto, pode-se concluir que a propriedade pode existir sem que atenda sua função social, mas de forma precária, ou seja, sem garantia de manutenção quando em conflito com outro direito fundamental. Enquanto a moradia, apesar de ser um direito independente da propriedade, consubstancia-se numa das formas de se dar função social ao imóvel, tanto que vários institutos, como a usucapião especial urbano, privilegia o atendimento à função social por meio do direito à moradia, em detrimento da propriedade como direito meramente patrimonial.

Nesta senda, por tratarmos de conflitos entre direito de propriedade e direito à moradia, que ocorrem quase que isoladamente em relação a imóveis urbanos, referimo-nos tão somente a esta espécie neste trabalho.

No que diz respeito aos conflitos entre os direitos fundamentais de propriedade e direito à moradia, objeto principal deste trabalho, concluímos que existem duas regras para solucioná-los.

Em primeiro lugar a regra da ponderação entre direitos fundamentais, pela qual Alexy nos ensina que devemos observar o caso concreto, de forma a fazer preponderar o direito fundamental que mais atenda ao princípio da dignidade humana, contudo, sem fulminar o outro direito fundamental em conflito.

Não obstante, a segunda forma de resolução de conflitos entre o direito de propriedade e o direito à moradia decorre de uma interpretação sistêmica da Constituição Federal, assim como do Código Civil e do Estatuto das Cidades, além da vasta jurisprudência e da doutrina. Trata-se de observar se a função social do imóvel urbano está sendo atendida pelo proprietário e o porquê não está sendo atendida, ou seja, se o próprio direito de propriedade está sendo exercido ou não. Caso verificado o desatendimento à função social do imóvel e que esta omissão não decorre de um motivo justificante (como a falta de recursos do proprietário), far-

se-á preponderar o direito à moradia do eventual ocupante do imóvel, pois deste, por si só, decorre o atendimento da função social do imóvel. Além disso, por este ser um meio judicial de resolução do conflito, consubstancia-se numa forma alternativa de efetivação do direito à moradia em sua dimensão positiva pelo Estado.

Contudo, concluímos que, apesar da maior parte da jurisprudência adotar o entendimento até então esposado, ocorrem poucas, mas gravíssimas exceções, como no famoso caso de desocupação do Bairro Pinheirinho citado neste trabalho. Motivo pelo qual se sugere que ainda há muito que se acrescentar no que diz respeito ao atendimento do direito à moradia quando em conflito com o direito de propriedade puramente patrimonial à luz do princípio da dignidade humana.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil brasileiro, volume 4: direito das coisas*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. *Revista Jurídica*, ano 54, n. 349, nov. 2006.

FACCHINI, Nicole Mazzoleni. O direito à moradia x o direito de propriedade. Conteúdo Jurídico, Brasília, DF, 10 out. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50122&seo=1>. Acesso em: 16 ago.2018.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil, v. 3: direito das coisas*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos fundamentais—teoria geral*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: ed. Método, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direito Fundamentais na Constituição de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista do Direito do Consumidor*, ano 12, abr./jun. 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ORRUTEA, Rogério Moreira. *Da propriedade e a sua função social no direito constitucional moderno*. Londrina: Editora UEL, 1998.

PANSIERI, Flávio. Do Conteúdo à Fundamentalidade da Moradia. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de (org.). *Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 4: direito das coisas*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. O papel do poder judiciário na efetivação da função social da propriedade. In: *Questões agrárias: julgados comentados e pareceres*. São Paulo: Método, 2002.

